KUNSTWERKGARANTIE UND STRAFRECHT

dargestellt am Beispiel der Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung

von

MARTIN SCHICK

1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0016

KUNSTWERKGARANTIE UND STRAFRECHT

dargestellt am Beispiel der Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

MARTIN SCHICK

aus Stuttgart

1968

Dekan: Professor Dr. Karl Peters

1. Berichterstatter: Professor Dr. Jürgen Baumann

2. Berichterstatter: Professor Dr. Karl Peters

angenommen durch Beschluß der Rechtswissenschaftlichen Abteilung vom 30.5.1968

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juli 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsübersicht

Seite

Literaturverzeichnis IV
Abkürzungen XXII
Einleitung 1

Teil A: Grundlagen und Grenzen der Kunstwerkgarantie

I Der Begriff des Kunstwerks als verfassungsrechtlicher Begriff

1) Leitgedanken bei der Begriffsbestimmung 9

2) Eingrenzungsversuche 17
a) 1. Ansatzpunkt: Inhalt 18
b) 2. Ansatzpunkt: Form 28
c) 3. Ansatzpunkt: Künstlerischer Gestaltungswille 33
d) 4. Ansatzpunkt: Wert und Rang 36
e) 5. Ansatzpunkt: Drittanerkennung 41
f) Exkurs: Veränderte Kunstwerke 46

3) Zusammenfassung 49

II Einzelprobleme des Grundrechts der Kunstfreiheit

1) Freiheit der Kunstwerkverbreitung 52
2) Informationsfreiheit über Kunstwerke 54
3) Durchsetzbarkeit 54
4) Grundrechtsschranken 56
a) Schrankenziehungsversuche vor dem Strafgesetz 57
b) Die Strafgesetze als relative Grundrechtsschranken 63

		Seite
Teil B:	Die bisherige Behandlung künstlerischer Werke im Strafrecht	70
I	Verbreitung unzüchtiger Schriften	71
	1) Der Begriff der Unzüchtigkeit	72
	2) Umstände, die eine Unzüchtigkeit ausschliessen	78
	a) Inhalt	78
	b) Tendenz	79
	c) Interesse	81
	d) Betrachtungsweise	81
	e) Form	82
	f) Arten der Verbreitung	83
	g) Arten des Publikums	84
	h) Art der Darstellung: Veredelung, Vergeistigung, Verklärung	85
	3) Veränderung des Beurteilungsmaßstabs	86
II	Beleidigungstatbestände	89
	1) Besonderheiten bei der Auslegung	90
	2) Besonderheiten der strafrechtlichen Wertung	94
	3) Mängel des subjektiven Tatbestands	95
	4) Rechtfertigung	98
III	Verbreitung verfassungsverräterischer Schriften	99
Teil C:	Der Konflikt in § 166 StGB und seine Lösung	101
I	Die künstlerische Äusserung als beschimpfende Äusserung	
	1) Lästerung und Beschimpfung	102

Seite

2) Der Begriff der Beschimpfung 103
a) Schimpflicher Inhalt 105
b) Rohe Form 107
c) Schimpfliche Absicht 109
d) Zusammenfassung 110

II Restriktion des Beschimpfungsbegriffs durch modifizierten Beurteilungsmaßstab
1) Vorbemerkung: Der Beschimpfungsbegriff als wertausfüllungsbedürftiger Begriff 112
2) Die Beurteilerfigur des Kunstinteressenten, Kritik 120

III Die Freiheit der Kunst als Rechtfertigungsgrund 127

IV Lösung
1) Sachverständigenfragen 129
2) Restriktive Auslegung der die Veröffentlichungshandlung kennzeichnenden Tatbestandsmerkmale
a) Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung 141
b) Andere Tatbestände 154
c) Auswirkungen hinsichtlich der Einziehung und Unbrauchbarmachung 158

Teil D: Ausblick: Vorschläge de lege ferenda

I Anknüpfung an frühere Reformvorschläge zu § 166 StGB? 160

II Anknüpfung an eine vergleichbare legislatorische Lösung? 162

III Ergänzungsvorschläge im Hinblick auf den Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962 163

Literaturverzeichnis

AHRENS, Theodor	Der strafrechtliche Schutz des religiösen Gefühls im geltenden Recht, im Vor-Entwurf und im Gegenentwurf, StrafrAbh. Heft 159 (1912)
ALLFELD, Philipp	Lehrbuch des deutschen Strafrechts (begründet von Hugo Meyer), 8. Aufl., Leipzig und Erlangen 1922 (zit.: Allfeld)
ALSBERG, Max - NÜSE, Karl-Heinz	Der Beweisantrag im Strafprozeß, 2. Aufl., Köln und Berlin 1956
Alternativ-Entwurf eines	Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Sexualdelikte usw., vorgelegt von Jürgen Baumann u. a., Tübingen 1968
Amtliche Begründung zum	Entwurf des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, BT-Drucksache Nr. 1101 (1. Wahlperiode 1949)
ANSCHÜTZ, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933
ARNDT, Adolf	Umwelt und Recht: Die Kunst im Recht, in NJW 1966, 25 (26)
BACHOF, Otto	Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.6. 1957, in JZ 1958, 288
BAPPERT, Walter - MAUNZ, Theodor	Verlagsrecht, München und Berlin 1952
BAUER, Fritz	Grundgesetz und "Schmutz- und Schundgesetz", in JZ 1965, 41ff
BAUMANN, Jürgen	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bielefeld 1966 (zit.: AT)
BELING, Ernst	Rechtsprechung des Reichsgerichts vom 1.10.91 - 31.3.92 (Bde. 22 - 25), in ZStW 18 (1898), 267ff

BELING, Ernst	Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen Einrichtungen und Gebräuchen, und die Reformbedürftigkeit des § 166 StGB, Sonderabdruck aus der Festgabe für Felix Dahn, III. Teil, Breslau 1905
ders.,	Kunstfreiheit und Rechtsbann, in Festschrift für Heinrich Wölfflin, München 1924
BENJAMIN, Walter	Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, Drei Studien zur Kunstsoziologie, Frankfurt/M 1963
BERG, Leo	Gefesselte Kunst, Berlin 1901
BERTHOLD, F. J. - v. HARTLIEB, Horst	Filmrecht, München und Berlin 1957
BINDING, Karl	Unzüchtige Handlungen und unzüchtige Schriften, in ZStW 2 (1882), 450ff (zit.: Gutachten)
ders.,	Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2. Aufl., Leipzig 1902
BOCKELMANN, Paul	Strafrichter und psychologischer Sachverständiger, in GA 1955, 321ff
BOHNE, G.	Religionsdelikte, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, Band 5, Berlin und Leipzig 1928, S. 62ff
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff (Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 kommentiert von K. C. Wernicke) (zit.: BK)
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang - GREIFENHAGEN, Gottfried	Der Stellvertreter-Fall, in JuS 1966, 359 ff
BRECHT, Bertolt	Gesammelte Werke - Gedichte -, Frankfurt/M 1960 ff

BREDT, Ernst Wilhelm	Sittliche oder unsittliche Kunst?, 2. Aufl., München 1910
BREMER, Heinz	Der Sachverständige, Heidelberg 1963
BRUNS. Georg Viktor	Die Religionsvergehen im künftigen deutschen Strafrecht unter Zugrundelegung des Entwurfs von 1927, StrafrAbh. Heft 301 (1932)
BUCHHOLZ, Ernst	Wann ist Kunst unzüchtig?, in Sexualität und Verbrechen, Frankfurt/M 1963 (Fischer-Bücherei Band 518/19) S. 326 ff
ders.,	Kunst, Recht und Freiheit, Reden und Aufsätze, München und Esslingen 1966
BURRACK, Wolfgang	Wann sind Kunstwerke unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen im Sinne von § 184 StGB ? Göttinger jur. Diss., Göttingen 1967
BUSSMANN, Kurt - PIETZCKER, Rolf - KLEINE, Heinz	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., Berlin 1962
ČOPIČ, Hans	Berufsverbot und Pressefreiheit, in JZ 1963, 494 ff
DALCKE, A. - FUHRMANN, Ernst - SCHÄFER, Karl	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin 1961
DANNENBAUM	Unzüchtige Schriften, Abbildungen, Darstellungen und Gegenstände in der gesamten Rechtsprechung des Reichsgerichts, in ZStW 34 (1913), S. 811 ff
DIETZE, Gottfried	Über Formulierung der Menschenrechte, Berlin 1956
DREWS, Bill - WACKE, Gerhard	Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht - der Länder und des Bundes, 7. Aufl., Berlin-Köln-München-Bonn 1961

DÜNNWALD, Rolf	Kunst und Unzüchtigkeit, in JR 1965, 46 ff
ders.,	Kunstfreiheit und Strafgesetz, in GA 1967, 33 ff
DÜWEL, Peter	Staat und Kunst, Eine literaturkritische Betrachtung, in Studien über Recht und Verwaltung (Carl Hermann Ule zum sechzigsten Geburtstag), Köln-Berlin-Bonn-München 1967, S. 45 ff
EISLER, Rudolf	Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. Aufl., Berlin 1927 ff
EMRICH, Wilhelm	Kann Dichtung verboten werden?, in Universitätstage 1964, Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform, Berlin 1964, S. 159 ff
ENGISCH, Karl	Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964
ERBEL, Günter	Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, Berlin-Heidelberg-New York 1966
ETTINGER, Ignaz	Zur Lehre von den Religionsvergehen, StrafrAbh. Heft 203 (1919)
FEDER, Ernst	Die Religionsvergehen im deutschen Strafgesetzentwurf, in Festschrift für Franz v. Liszt, Berlin 1911, S. 54 ff
FRANK, Reinhard	Zur lex Heinze, in DJZ 1900, 237
ders.,	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, 18. Aufl., Tübingen 1931
FRANKENBERGER, Hans-Heinrich	Verfassungsrechtliche Garantien und Grenzen der Freiheit des künstlerischen Schaffens im Lichte der neueren Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Bundesrepublik, Würzburger jur. Diss. (Masch.Schrift) 1959
FRIEDLÄNDER, Max J.	Von Kunst und Kennerschaft, Oxford und Zürich 1946

FULD, Ludwig	Die Gotteslästerung und das Strafgesetzbuch, in GoltdArch. 39 (1891) S. 142 ff
GEIGER, Willi	Zur Diskussion über die Freiheit der Kunst, in Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Band II, Tübingen 1966, S. 187 ff
GERBER, Rudolf	Unzüchtige Veröffentlichungen (Art. 204 StGB) und Gefährdung Jugendlicher durch Unsittliche Schriften und Bilder (Art. 212 StGB), in Kriminalistik 1967, 377 ff, 491 ff, 541 ff, 601 ff, 659 ff
GIESE, Friedrich	Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl., Berlin 1931
ders.,	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., Frankfurt/M 1955
ders. - SCHUNCK, Egon	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., Frankfurt/M 1965
GIESE, Hans	Das obszöne Buch, Stuttgart 1965 (Beiträge zur Sexualforschung Heft 35)
GLANZ	So geht es leider nicht!, Ein Beitrag zur Bekämpfung unzüchtiger Schriften, in MDR 1955, 456 f
GLASER, Fritz	Die Religionsdelikte nach dem Vorentwurfe und nach dem Gegenentwurfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in ZStW 33 (1912), 825 ff
GRONARZ, Rudolf	Karikatur und Beleidigung, Heidelberger jur. Diss., Bochum-Langendreer 1933
GUTMANN, Alexander	Die Aufklärungspflicht des Gerichts und der Beweiserhebungsanspruch der "Parteien" im Strafprozeß, in JuS 1962, 369 ff
HAECKER, Theodor	Schönheit, Ein Versuch, 2. Aufl., Leipzig 1940

HAMANN, Andreas	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5. 1949, 2. Aufl., Neuwied 1961
HANACK, Ernst Walter	Die Straftaten gegen die Sittlichkeit im Entwurf 1962, in ZStW 77 (1965), 398 ff
HANNOVER, Heinrich - HANNOVER-DÜRCK, Elisabeth	Politische Justiz 1918 - 1933, Frankfurt/M 1966 (Fischer Bücherei Nr. 770)
HARDWIG, Werner	Die Behandlung der Vergehen, die sich auf die Religion beziehen in einem künftigen deutschen Strafgesetzbuch, in GA 1962, 257 ff
v. HARTLIEB, Horst	Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle, in Schriftenreihe der UFITA, Heft 15, Aktuelles Filmrecht II, Baden-Baden 1959, S. 29 ff
ders.,	Unzüchtige Kunst?, in Film und Recht 1965, 200 ff
HECKEL, Martin	Staat, Kirche, Kunst, Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler, Tübingen 1968 (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 22)
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich	Werke, Vollständige Ausgabe durch einen Verein von Freunden des Verewigten, Berlin 1832 ff (Band IX: Philosophie der Geschichte)
HENKEL, Heinrich	Strafrecht und Religionsschutz, in ZStW 51 (1931), 916 ff
v. HIPPEL, Robert	Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932 (zit.: LB)
HÖPLER, E.	Störung des religiösen Friedens und der Totenruhe, in Reform des Strafrechts, Berlin und Leipzig 1926, S. 268 ff
HUBER, Ernst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, 2. Aufl., Tübingen 1953

JÄGER, Herbert	Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart 1957 (Beiträge zur Sexualforschung Heft 12)
JAENSCH, Erich R.	Psychologie und Ästhetik, in Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, Band 19, Stuttgart 1925
JAUCK, Gustav	Über strafrechtlichen Schutz des religiösen Empfindens, in ZStW 24 (1904), 349 ff
JELLINEK, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948
JESCH, Dietrich	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in AöR Bd. 82 (Bd. 43 NF) S.163 ff
JESSNITZER, Kurt	Der gerichtliche Sachverständige 2. Aufl., Köln-Berlin 1963
KAHL, Wilhelm	Religionsvergehen, in VDB Bd. III, Berlin 1906, S. 1 ff
ders.,	Störung des religiösen Friedens und der Totenruhe, in Festschrift für Heinrich Brunner, München und Leipzig 1914, S. 231 ff
ders.,	Strafrechtreform und Religionsschutz, in Festgabe für Reinhard v. Frank, Band II, Tübingen 1930, S. 287 ff
KALB, Werner	Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen, Berlin-Neuwied 1962
KATANN, Oskar	Kunst, in Staatslexikon Bd. III, 5. Aufl., Freiburg 1929, Sp.704 ff
KAUFMANN, Armin	Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954 (Göttinger rechtswiss. Studien Band 14)
KERN, Eduard	Die Äusserungsdelikte, Tübingen 1919
ders.,	Die Beleidigung, in Festgabe für Reinhard v. Frank, Band II, Tübingen 1930, S. 335 ff

KITZINGER, Friedrich	Das Reichsgesetz über die Presse vom 7. Mai 1874, Tübingen 1920
ders.,	Art. 142 Satz 1, Die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst, in Die Grundrechte und Grundpflichten der deutschen Reichsverfassung, hrsg. von H. C. Nipperdey, 2. Band, Berlin 1930, S. 449 ff (zit.: Grundrechte)
KLEIN, Ernst	Die Verletzung der Persönlichkeit durch Karikaturen, Kölner jur. Diss., Würzburg 1935
KLÖCKNER, Adolf	"Der Novak lässt sie nicht verkommen!", Der Kunstsachverständige im Strafverfahren, in Jugendschutz 1965, 17 ff
KNIES, Wolfgang	Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967 (Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät Bd. 4)
KÖTTGEN, Arnold	Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Band II, Berlin 1954, S. 291 ff
KOHLER, Josef	Das Sinnliche und das Unsittliche in der Kunst, in ZStW 7 (1887), 47 ff
ders.,	Studien aus dem Strafrecht, Band I, Mannheim 1890
ders.,	Ehre und Beleidigung, in GoltdArch. 47 (1900), 1 ff
ders.,	Strafrechtlicher Religionsschutz, in GoltdArch. 54 (1907), 239 ff
ders.,	Literaturbesprechungen, in GoltdArch. 57 (1910), 415 (418f)
KOHLRAUSCH, Eduard	Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, Tübingen 1908

KOHLRAUSCH - LANGE, Richard	Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961
KRÄMER - BADONI, Rudolf	Über Grund und Wesen der Kunst, Frankfurt 1960
KRAUSS, Günther	Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Ehe und Familie, in FamRZ 1959, 485 ff
ders.,	Freiheit der Kunst und Jugendschutz, in FamRZ 1960, 56 ff
KRETSCHMER, Ernst	Medizinische Psychologie, 11. Aufl., Stuttgart 1956
KRONHAUSEN, Eberhard und Phyllis	Pornographie und Gesetz, Schmiden 1963
KUHN, Helmut	Wesen und Wirken des Kunstwerks, München 1960
LACKNER, Karl - MAASSEN, Hermann	Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München und Berlin 1967
LANDMANN - ROHMER	Gewerbeordnung, Kommentar, neubearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, 12. Aufl., München und Berlin 1963 ff
LARENZ, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, hrsg. von Heinrich Jagusch und Edmund Mezger, Band I, 8. Aufl., 1957, Band II, 8. Aufl., Berlin 1958 (zit.: LK)
LEISNER, Walter	Begriffliche Grenzen der verfassungsrechtlichen Meinungsfreiheit, in Schriftenreihe der UFITA, Heft 24, Aktuelles Filmrecht V, Baden-Baden 1963, S. 59 ff
LEISS, Ludwig	Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafwürdigkeit einer Handlung, in NJW 1962, 2323ff
LEONARDY, Helmut	Kunstfreiheit und Jugendschutz, in NJW 1967, 714 ff

LESSING, Theodor	Der Fall Panizza, Eine kritische Betrachtung über Gotteslästerung und künstlerische Dinge vor Schwurgerichten, München 1895
LIEPMANN	Die Beleidigung, VDB Bd. IV, Berlin 1906, S. 217 ff
v. LISZT, Franz - SCHMIDT, Eberhard	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927
LÖFFLER, Martin	Presserecht, Kommentar, München und Berlin 1955
LOENING, Hellmuth	Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessenstatbestand bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen, in DVBl 1952, 197 ff
LÖWE - ROSENBERG	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, hrsg. von Dünnebier, Geier, Jagusch, Kohlhaas, Sarstedt, Schäfer, 1. Band, 21. Aufl., Berlin 1963
MAETZEL, Wolf Bogumil	Jugendschutz und Geistesfreiheit, in MDR 1955, 262 ff
MAIHOFER, Werner	Die Gotteslästerung, in: Die deutsche Strafrechtsreform, München 1967, S. 171 ff
MALLMANN, Walter	Das Recht der Kunsthochschulen und die Freiheit der Kunst, in Festschrift für Hermann Jahreiss, Köln-Berlin-Bonn-München 1964, S. 247 ff
v. MANGOLDT, Hermann	Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M 1957
ders. - KLEIN, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M 1957
MARCUSE, Ludwig	Obszön, Geschichte einer Entrüstung, München 1962
MARMANN, Hans	Aufklärungspflicht durch Sachverständigengutachten und freie Beweiswürdigung, in GA 1953, 136 ff

MAUNZ, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1964
MAUNZ, Theodor - DÜRIG, Günter	Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1958 ff
MAURACH, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965 (zit.: AT), Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1964 (zit.: BT)
MAY, Erich	Zum Begriff der Unzüchtigkeit, in § 184 StGB, in NJW 1958, 1621
MAYER, Hellmuth	Der Sachverständige im Strafprozeß, in Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin 1954, S. 455 ff
MEILI, F.	Sind die Memoiren von Casanova unzüchtige Schriften?, in GoltdArch. 46 (1898/99), 185 ff
MENSCHING, Gustav	Die Religion, Erscheinungsformen, Strukturtypen und Lebensgesetze, Stuttgart 1959
MEZGER, Edmund	Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin und München 1949
ders. - BLEI, Hermann	Strafrecht, Ein Studienbuch, I. Allgemeiner Teil, 12. Aufl., München und Berlin 1967 (zit.: StuB I), II. Besonderer Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1966 (zit.: StuB II)
MILLER, Henry	Obszönität und das Gesetz der Reflexion, Hamburg o.J.
MOSEL, Klaus D.	Kunst im Recht, in UFITA Bd. 50 S. 592 ff
MOSER, Adolf	Religion und Strafrecht, insbesondere die Gotteslästerung, in StrafrAbh. Heft 110 (1909)
MÜLLER, Hermann - SAX, Walter	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, begründet von Kleinknecht, Müller, Reitberger, Bd. 1, 6. Aufl., Darmstadt 1966 (zit.: KMR)

NIETHAMMER, Emil	Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950
NOLL, Peter	Satirische Ehrverletzungen, in Basler Juristische Mitteilungen 1959, 3 ff
ders.,	Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, in SchwZStr. 80 (1964), 160 ff
ders.,	Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in ZStW 77 (1965), 1 ff
NOLTENIUS, Johanne	Die freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, Göttingen 1958 (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Band 23)
OLSHAUSEN	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, bearbeitet von Freiesleben, Hörchner, Kirchner, Niethammer, 12. Aufl., Berlin 1942 ff
OTT, Sieghardt	Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, in NJW 1963, 617 ff
ders.,	Ist die Strafbarkeit der Religionsbeschimpfung mit dem Grundgesetz vereinbar?, in NJW 1966, 639 ff
PANIZZA, Oskar	Meine Verteidigung in Sachen Liebeskonzil, Zürich 1895
PETERS, Karl	Der Begriff des Unzüchtigen in § 184 Abs. 1 StGB, in JR 1950, 97 ff
ders.,	Aktaufnahmen von Kindern und Jugendlichen, in JZ 1953, 207 ff
ders.,	Strafprozeß, 2. Aufl., Karlsruhe 1966
POTRYKUS, Gerhard	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Kommentar, 2. Aufl., München und Berlin 1963

POTRYKUS, Gerhard	Der Kunstvorbehalt im literarischen Jugendschutz, in Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1965, 29 ff
PROBST, Georg	Die Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Vorschung und Lehre als Grundrechtsbestimmung im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kölner jur. Diss. (Masch. Schrift) 1951
REDDING, Günter	Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen, in DÖV 1954, 365 ff
REHBINDER, Manfred	Filmeinfuhrkontrolle und Grundgesetz, in DVBl 1965, 550 ff
REICHEL, Hans	Der Leipziger Tolstoiprozeß in seiner Bedeutung für die Judikatur zum § 166 Punkt II des Reichsstrafgesetzbuchs, in DZfKirchR 3. Folge, Band 13 (1903), 104 ff
RIDDER, Helmut K. J.	Meinungsfreiheit, in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. von Neumann-Nipperdey-Scheuner, Band II, Berlin 1954, S. 243 ff
ders.,	Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, Frankfurt/M 1963 (Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht e.V. Band 29)
RIEDEL, Hermann	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Kommentar, Siegburg 1953
RISSOM	Die Beschimpfung im Kampf der Konfessionen, in DZfKirchR 3. Folge, Band 15 (1905), 448 ff
RITTLER, Theodor	Die Freiheit der bildenden Kunst und ihre Begrenzung durch das Strafgesetz, in SchwZStr. 47 (1933), 73 ff

ROGOWSKI, Erich	Die komische Beleidigung, in GoltdArch. 58 (1911), 367 ff
ROH, Franz	Der verkannte Künstler, München 1948
ders.,	Streit um die moderne Kunst, München 1962
ROPERTZ, Hans-Rolf	Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, Heidelberger jur. Diss., Darmstadt 1963
ROTH, Walter	Die strafrechtliche Behandlung der unsittlichen Literatur, Züricher jur. Diss., Bassersdorf 1928
ROTHENBÜCHER, Karl	Das Recht der freien Meinungsäusserung, in VVDStRL Heft 4, Berlin und Leipzig 1928, S. 6 ff
SARSTEDT, Werner	Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen 1962
SAUER, Wilhelm	System des Strafrechts, Besonderer Teil, Köln-Berlin 1954
SCHILLING, Kurt	Die Kunst, Meisenheim/Glan 1961
SCHILLING, Robert	Schund- und Schmutzgesetz, Handbuch und Kommentar zum Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, Darmstadt 1953
ders.,	Literarischer Jugendschutz, Theorie und Praxis, Strategie und Taktik einer wirksamen Gefahrenabwehr, Neuwied 1959
SCHILLING, Werner	Gotteslästerung strafbar?, Erlanger theol. Diss., München 1966
SCHLECHTRIEM, Wilhelm	Die strafrechtliche Bedeutung unzüchtiger Schriften und Abbildungen, Heidelberger jur. Diss., Bonn 1907

SCHLITT, Clemens	Die Religionsvergehen, insbesondere die Gotteslästerung und die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927 im Vergleich mit dem geltenden Recht, Bonner jur. Diss., Bonn 1928
SCHMIDT, August	Über die Freiheit der Kunst, in GA 1966, 97 ff
SCHMIDT, Eberhard	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl., Göttingen 1964, Teil II, Göttingen 1957
SCHMIDT, Walter A. E.	Die Freiheit der Wissenschaft, Ein Beitrag zur Geschichte und Auslegung des Art. 142 WRV, Berlin 1929
SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst	Strafgesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl., München und Berlin 1967 (zit.: Schönke-Schröder)
SCHOLL, C.	Das Ärgernis im deutschen Strafrecht überhaupt und in der Strafnorm gegen Tierquälerei insbesondere, in ZStW 13 (1893), 279 ff
SCHORN, Hubert	Der gerichtliche Sachverständige und die richterliche Urteilsfindung im Strafverfahren, in GA 1965, 299 ff
SCHWARZ, Otto - DREHER, Eduard	Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München und Berlin 1967
SCHWARZ, Otto - KLEINKNECHT, Theodor	Strafprozeßordnung, 27. Aufl., München und Berlin 1967
SCHWENK, Edmund H.	Zehn Jahre umwälzende Entscheidungen des obersten Gerichts der Vereinigten Staaten von Amerika, in JZ 1965, 672 ff

SCHWINGE, Erich	Die Bekämpfung des Obszönen im angloamerikanischen Recht, in Festschrift für Hellmuth v. Weber, Bonn 1963, S. 293 ff
SEDLMAYER, Hans	Verlust der Mitte, Salzburg 1948
ders.,	Die Revolution der modernen Kunst, Hamburg 1955
ders.,	Kunst und Wahrheit, Hamburg 1958
SKRIVER, Ansgar	Gotteslästerung?, Hamburg 1962 (das aktuelle thema Heft 11)
SPENDEL, Günter	Wahrheitsfindung im Strafprozeß, in JuS 1964, 465 ff
STEIN, Erwin	Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 18.11.1958, in JZ 1959, 720 ff
STREE, Walter	In dubio pro reo, Tübingen 1962 (Tübinger rechtswiss. Abhandlungen Band 5)
TETZNER, Heinrich	Die Voraussetzungen des Kunstschutzes, in NJW 1961, 1748 ff
THIEME, Hans - WEHRHAHN, Herbert	Die Freiheit der Künste und Wissenschaften, Untersuchungen zu Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe der niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, Reihe Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit Heft 7, Hannover 1967
THODE, Henry	Kunst und Sittlichkeit, Heidelberg 1906
THOMSEN, Emil	Das unzüchtige Bild in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in GerS 80 (1913), 241 ff
THÜMMEL, W.	Der Religionsschutz durch das Strafrecht, § 166 des Strafgesetzbuches, Leipzig 1960

THÜMMEL, W.	Das neue Strafgesetzbuch und die Religionsvergehen, Tübingen 1927 (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Bd. 53)
TUCHOLSKY, Kurt	Gesammelte Werke, hrsg. von Mary Gerold Tucholsky und Fritz J. Raddatz, Reinbek b. Hamburg 1960 ff
ULMER, Eugen	Urheber und Verlagsrecht, 2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
VOGELS, Walter	Freiheit des Geistes und Jugendschutz, in Jugendschutz 1957, 9 ff
VOIGTLÄNDER, R. - ELSTER, Alexander - KLEINE, Heinz	Die Gesetze betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst sowie an Werken der bildenden Kunst und der Photographie, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1952
VOLKELT, Johannes	Versuch über Fühlen und Wollen, München 1930
WACH, Adolf	Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, in DZfKirchR 3. Folge, Band 2 (1892), 161 ff
WAHL, Alfons	Jugendschutz in der Öffentlichkeit, 2. Aufl., Stuttgart 1954
WELZEL, Hans	Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 10. Aufl., Berlin 1967 (zit.: LB)
WÖLFFLIN, Heinrich	Kunstgeschichtliche Grundbegriffe, 12. Aufl., Basel-Stuttgart 1960
WOESNER, Horst	Grundgesetz und Strafrechtsreform, in NJW 1966, 1729 ff

WOLFF, Richard — Was ist unzüchtig? Was ist unsittlich? Was ist normal?, Die Gefahren für den Buch- und Kunsthandel aus § 184 RStGB, Berlin 1909

ZEIDLER, Karl — Zur Problematik von Art. 2 Abs. 1 GG, in NJW 1954, 1068

ZEISING, Gert — Die Bekämpfung unzüchtiger Gedankenäusserungen seit der Aufklärung mit besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Deutschland, Frankreich, England und den USA, Marburger jur. Diss., Marburg 1967

ZIMMER, Dieter E. (Hrsg.) — Die Grenzen literarischer Freiheit, Hamburg 1966

ZINN, Karl August - STEIN, Erwin — Die Verfassung des Landes Hessen, 1. Band, Bad Homburg und Berlin 1954

ZIRN, Rudolf — Schutz gegen unzüchtige und jugendgefährdende Veröffentlichungen, in Mat. zur Strafrechtsreform, 2. Band, Teil II, Besonderer Teil, Bonn 1955, S. 185 ff

ZUCKMAYER, Carl — Gesammelte Werke, Frankfurt/M 1960

A b k ü r z u n g e n

AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen
AT	Allgemeiner Teil
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung, München
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Börsenblatt	Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel, Frankfurter Ausgabe, Frankfurt
BT	Besonderer Teil
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache, angeführt nach Nr. und Wahlperiode
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DJZ	Deutsche Juristenzeitung, Berlin
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, Stuttgart
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, Berlin
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln-Berlin
DZfKirchR	Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht, Freiburg
E	Entscheidung (Amtliche Sammlung) angeführt nach Band und Seite
E 1909	Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung, Berlin 1909

E 1913	Entwurf der Strafrechtkommission 1913, Berlin 1920
E 1919	Entwurf von 1919, Berlin 1920
E Radbruch	Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von Gustav Radbruch (1922), Tübingen 1952
E 1925	Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung (Reichsratsvorlage), Berlin 1925
E 1927	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen (Reichstagsvorlage), Berlin 1927
E 1930	Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs 1930 (Entwurf Kahl), Drucksache des Reichstags V 1930 Nr. 395
E 1960	Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, BT-Drucksache Nr. 2150 (3. Wahlperiode 1957)
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung (Bundesratsvorlage), Bonn 1962
FamRZ	(Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Bielefeld
Film und Recht	Informationsdienst des Instituts für Film- und Fernsehrecht, München
Forum academicum	Mitteilungsblatt der Universität Heidelberg und Wirtschaftshochschule Mannheim, Crailsheim
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Hamburg (zit. nach Jahrgängen)
GerS	Der Gerichtssaal, Stuttgart
GoltdArch.	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Berlin (zit. nach Bänden)
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen

HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau, Berlin
Jugendschutz	Wissenschaftlich-praktische Zweimonatsschrift für gesetzlichen und erzieherischen Schutz der Jugend, Darmstadt
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung, München-Berlin-Frankfurt
JW	Juristische Wochenschrift, Berlin
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
Kirche in der Zeit	Evangelische Kirchenzeitung, Düsseldorf
konkret	Die unabhängige deutsche Studentenzeitung für Kultur und Politik, Hamburg
Kriminalistik	Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis, Hamburg
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, München, Berlin und Leipzig
Mat.	Materialien zur Strafrechtsreform
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht,Hamburg
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege, Celle
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtkommission
NJW	Neue juristische Wochenschrift, München-Berlin-Frankfurt
Notizen	Studentenzeitung für Stuttgart und Tübingen, Tübingen
Prisma	Informationen des ASTA der Göttinger Universität, Göttingen
R	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen
RdJ	Recht der Jugend, Zeitschrift für Jugenderziehung, Jugendpflege und Jugendschutz, für Jugendfürsorge und Jugendstrafrecht, Berlin-Neuwied

Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Hannover
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
SchwZStr.	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (Revue Pénale Suisse), Bern
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung, Heidelberg
StrafrAbh.	Strafrechtliche Abhandlungen, Breslau
Texte und Zeichen	Eine literarische Zeitschrift, Berlin-Neuwied
UFITA	Archiv für Urheber-Film-Funk- und Theaterrecht, Baden-Baden
VDB	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Berlin
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht, München und Berlin
Vorgänge	Eine kulturpolitische Korrespondenz, München
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Weltbühne	Die Weltbühne, Wochenschrift für Politik, Kunst, Wirtschaft, Charlottenburg
ZBl	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, Köln-Berlin
Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft,	Stuttgart
Zeitschrift für Sozialforschung,	Paris
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin (Leipzig)

Im übrigen sind die hier verwendeten Abkürzungen die gebräuchlichen und entsprechen: Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1957

Einleitung

Wegen eines Vergehens wider die Religion wurde im Jahre 1895 der Dichter-Arzt Oskar P a n i z z a als Verfasser des Dramas "Das Liebeskonzil"[1] von einem Münchener Schwurgericht mit einem Jahr Gefängnis bestraft.[2]

Im ersten literarischen Gotteslästerungsprozeß der Weimarer Republik wurde im Jahre 1922 die Verbreitung eines Werkes von Carl E i n s t e i n [3] untersagt.[4]

Wenige Jahre später (1926) war Bertolt B r e c h t wegen eines seiner "Weihnachtsgedichte" [5] in ein Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der Gotteslästerung verwickelt.[6]

Nahezu gleichzeitig war ein Gedicht Carl Z u c k m a y e r s aus dem ursprünglich 4-teiligen Zyklus "Märzgesänge" Anlaß für ein entsprechendes, durch mehrere Instanzen führendes Strafverfahren.[7]

---

1) Das Liebeskonzil. Eine Himmels-Tragödie in fünf Aufzügen. Zürich 1894.

2) Vgl. Oskar Panizza, Meine Verteidigung in Sachen Liebeskonzil, Zürich, 1895; ferner Theodor Lessing, Der Fall Panizza. Eine kritische Betrachtung über Gotteslästerung und künstlerische Dinge vor Schwurgerichten, München, 1895; sowie K. Tucholsky, Ges.Werke (Hamburg 1960 ff) Bd. 1 S. 474 ff, 696.

3) Die schlimme Botschaft. Zwanzig Szenen, Berlin 1921.

4) Vgl. Heinz Pollak in: Die Weltbühne, Jg. 18, Nr. 42 (1922) S. 405.

5) "Maria" (1922) Gesamtausgabe der Gedichte (Frankfurt/M 1960ff) Bd. 2 S. 104.

6) Vgl. Leonhard Birnbaum in: Die Weltbühne Jg. 22, Nr. 30 (1926) S. 127.

7) Vgl. RG 11.1.1927 E 61, 151ff. Die inkriminierten Verse fanden in keine der späteren Gedichtsammlungen Aufnahme, vgl.: Der Baum, Gedichte, Berlin, 1926; Gedichte, Berlin-Frankfurt/M, 1948; Ges. Werke, Bd. 1 Frankfurt/M, 1960.

Der bislang vielleicht aufsehenerregendste Gotteslästerungsprozeß wurde in den Jahren 1928 - 1931 gegen den Maler George G r o s z wegen einer Gruppe von Zeichnungen (u. a. "Christus mit der Gasmaske")[1] angestrengt. Der Prozeß durchlief zunächst drei Instanzen und wurde am 27.2.1930 vom Reichsgericht an die Berufungsinstanz zurückverwiesen,[2] um schliesslich wiederum vom Reichsgericht am 5.11.1931 endgültig zum Abschluß gebracht zu werden. Grosz wurde letztlich zwar aus subjektiven Gründen freigesprochen, die Unbrauchbarmachung der Zeichnungen aber angeordnet.[3]

Aus den Jahren 1933 - 1945 sind Kunstprozesse - auch über Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung hinaus - nicht bekannt, was einmal auf die in diesen Jahren praktizierte Kunstpolitik (generelles Verbot und Verfolgung sog. "entarteter Kunst") zurückgeführt,[4] soweit Religionsdelikte in Frage stehen aber auch mit einer weitgreifenden Erschütterung kirchlichen Glaubens in Zusammenhang gebracht werden kann.[5]

In der Nachkriegszeit war es zunächst eine 1955 erstmals erschienene Prosastudie von Arno S c h mi d t,[6] die zu einer Anzeige wegen Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung führte. Das Verfahren wurde jedoch eingestellt.[7]

---

1) Es handelt sich um die Zeichnungen 2, 9 und 10 aus der Mappe "Hintergrund". 17 Zeichnungen zur Aufführung des "Schwejk", 1928.

2) RGSt 64, 121 ff; vgl. auch DJZ 1930, 478 ff.

3) DJZ 1931, 156 ff.

4) Übersicht bei Erbel, Kunstfreiheitsgarantie S. 65 - 81.

5) Welzel, LB § 65 (S. 428)

6) Seelandschaft mit Pocahontas in: Texte und Zeichen, Eine literarische Zeitschrift, Berlin-Neuwied, 1. Jg. (1955) S. 9ff.

7) Verfügung des Generalstaatsanwalts beim OLG Stuttgart vom 26.7.1956 (Z-AR 127/56).

In den Jahren 1959, 1960 war es Studenten vorbehalten, in derartige Verfahren verwickelt zu werden. So erschienen im Januar 1959 in der Heidelberger Studentenzeitschrift "forum academicum" als literarisches Experiment "Eine Paradiesgeschichte" von Johannes Berg (Pseudonym für Klaus F i g g e),[1] im Juni 1959 in der Göttinger Studentenzeitschrift "Prisma" eine lyrische Montage des Studenten Reinhard D ö h l mit dem Titel "Missa Profana"[2], im Dezember 1959 in der Tübinger Studentenzeitschrift "Notizen" ein Gedicht von Peter H e e g "Ulrich von Hutten gewidmet",[3] im September 1960 in der Hamburger Studentenzeitung "konkret" ein Gedicht von Gerd S c h u l t e mit dem Titel "Nato unser".[4] Jeweils gaben die Anzeigeerstatter an, durch die Veröffentlichung in ihrem religiösen Empfinden verletzt zu sein.

Zu einer Verurteilung kam es letztlich allerdings in keinem Falle. Während das Verfahren gegen Figge eingestellt wurde, nachdem mehrere Instanzen durchlaufen waren,[5] wurde Döhl in der Revisionsinstanz vom Bundesgerichtshof freigesprochen.[6] Im Falle Heeg lehnte das zuständige Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens ab, im Falle Schulte konnte auch das Klageerzwingungsverfahren zu keiner anderen Entscheidung führen.[7]

---

1) forum academicum, Heidelberg, Nr. 1, Jan.-Feb. 1959

2) Prisma, Göttingen-Hannover, 4. Jg., Nr. 4, Juni 1959, S. 12 - 14

3) Notizen, Tübingen, 4. Jg., Nr. 23,Dez. 1959, S. 28

4) konkret, Unabhängige deutsche Studentenzeitung für Kultur und Politik, Hamburg, Jg. 1960, Nr. 18

5) Vgl. Die Zeit, Jg. 1963 Nr. 31, S. 5

6) BGH 23.6.61 GA 1961, 240 = UFITA 38, 181

7) HansOLG Hamburg 5.3.1962 GA 1962, 345

Im Juni 1960 waren ein Gedicht von Karl A l b r e c h t "Geistlicher Anruf" und ein Essay von Reimar L e n z "Sei unser Gast", die im Januar 1960 in der literarischen Zeitschrift "alternative" erschienen waren, Anlaß einer Strafanzeige wegen Gotteslästerung. Auch in diesem Fall lehnte das zuständige Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens ab.[1)]

Durch freisprechendes Urteil fand dagegen das gegen die Künstlergruppe S P U R seit 1961 in München anhängige und in diesem Zusammenhang wohl letzte grössere Strafverfahren seinen Abschluß.[2)]

Ein Ende gefunden hat die sich abzeichnende Auseinandersetzung damit aber nicht.[3)]
Schon diese - allein unter dem Aspekt der Religionsdelikte getroffene - Auswahl von Strafverfahren zeigt einmal die grundsätzliche Möglichkeit eines Konflikts zwischen Kunstwerk (jedenfalls einem solchen, dem man diese Eigenschaft auf den ersten Blick nicht absprechen kann) auf der einen und Strafrechtsnorm auf der anderen Seite.

Sie zeigt aber auch, wie leicht es zu einem solchen Zusammenstoß kommen kann und welche Aktualität die Problematik bis auf den heutigen Tag besitzt.

Die Tatsache, daß nach 1945 keiner der aufgezählten Fälle letztlich zu einer Verurteilung führte, darf nicht dazu verleiten, das Problem von juristischer Seite aus zu bagatellisieren.

---

1) Vgl. alternative, Zeitschrift für Dichtung und Diskussion, Berlin, Jg. 1961, Nr. 18 (Sonderheft Gotteslästerung)

2) BayObLG 22.1.1964 NJW 1964, 1149 m. Anm. Ott = JR 1964, 263 = GA 1964, 208

3) Lt. Presseberichten wurde gegen den Redakteur der Tübinger Studentenzeitung "Notizen" Ende Juni 1966 neuerdings Strafanzeige wegen Religionsbeschimpfung aus Anlaß der Veröffentlichung einer Karikatur im Rahmen des Artikels "Hang'r Op" in der Juni-Ausgabe des Blattes erstattet.

Nicht umsonst haben Strafverfahren, in denen sich der Anklagevorwurf gegen einen Künstler richtet, oder in denen ein Kunstwerk Anlaß und Gegenstand der Strafverfolgung ist, regelmässig eine besondere öffentliche Wirkung,[1] die "Kunstprozessen", wie z.B. dem Verfahren gegen George Grosz, zu regelrechter Berühmtheit verhilft.

Die Leidenschaftlichkeit, mit der die an ein solches Strafverfahren anknüpfende Diskussion geführt wird, findet ihre Erklärung nur in der Wirkkraft der Stichworte, die ein derartiger Kunstprozeß der Öffentlichkeit gewöhnlich liefert. Man denke an die Straftatbestände, die in diesen Fällen regelmässig Anlaß einer Strafverfolgung sind: "Verbreitung unzüchtiger Schriften","Beleidigung" oder "Gotteslästerung", also Tatbestände, auf deren Verletzung die Empfindlichkeit des einzelnen von vornherein verschieden reagiert, oder an die in diesen Prozessen regelmässig wiederkehrende Frage, ob das betroffene Werk wohl als Kunstwerk zu qualifizieren sei, eine Frage, auf die heute weniger denn je jemand eine Antwort bereit hat.[2] Die Lebhaftigkeit, Gegensätzlichkeit und Grundsätzlichkeit der Stellungnahmen lässt sich leicht vorstellen.

Es ist die Rede vom Widerstreit zwischen dem frei und ungebunden schaffenden oder schaffen wollenden Geist und der Engmaschigkeit, ja Engstirnigkeit der Gesetze[3], oder von der Sicherung der dem künstlerischen Schaffen gebührenden Freiheitssphäre.[4]

Andererseits wird betont, der Kunst könne kein Vorrang vor anderen Betätigungen des Kulturlebens eingeräumt werden, ihre Ausübung müsse daher an der Grenze der Strafgesetze haltmachen.[5]

---

1) Vgl. hierzu Dieter E. Zimmer (Hrsg.), Die Grenzen literarischer Freiheit, Hamburg, 1966

2) Vgl. OVG Münster 3.10.1961 Börsenblatt 1962, 561 (564) = RdJ 1962, 55: "Es lassen sich heute keine allgemeingültigen Kriterien, Kategorien oder Wertskalen aufstellen, die - auch nur für den Bereich der Bundesrepublik verbindlich - ein Werk klar als Kunstwerk einordnen liessen."

3) Leiss, NJW 1962, 2323

4) Henkel ZStW 51 (1931) S. 922

5) RGSt 64, 121 (128)

Das Spannungsverhältnis zwischen Kunstwerk und Strafgesetz tritt vollends deutlich hervor, wenn man gleichzeitig den verfassungsrechtlichen Satz: " Die Kunst ... ist frei" (Art. 5 Abs. 3 GG) ins Auge fasst, wenn also hinter dem angedeuteten Gegensatz die grössere und umfassendere Polarität: verfassungsrechtliche Freiheitsnorm - strafrechtliche Verbotsnorm erscheint.

Es zeigt sich, daß durch das Hinzutreten dieses verfassungsrechtlichen Aspekts die Problematik nicht vereinfacht, eher verschärft wird. Denn insoweit sind Fragestellungen dahin, ob eine künstlerische Äusserung einen Straftatbestand überhaupt erfüllen kann, oder ob für solche Äusserungen irgendwelche aus der künstlerischen Natur entspringende Besonderheiten zu gelten haben, zunächst von minderer Bedeutung.

Weit wichtiger erscheint die Beantwortung der Frage, ob eine Kollision zwischen der verfassungsrechtlichen Freiheitsnorm des Art. 5 Abs. 3 GG und einzelnen Strafrechtsnormen besteht und, wenn ja, auf welche Weise sie zu lösen ist.
Die sich hierbei eröffnenden Vorfragen bestimmen den Aufbau dieser Arbeit.
So wird zunächst Inhalt und Umfang der verfassungsrechtlichen Freiheitsnorm zu bestimmen und ihre Durchsetzbarkeit zu prüfen sein. Dem fraglichen Freiheitsrecht können durchaus enge Grenzen gezogen, oder es kann nicht zu aktualisieren sein, sodaß es als bloße Deklamation für die Auslegung von Straftatbeständen lediglich gewisse Hinweisfunktionen hat.[1)]

Andererseits ist denkbar, daß es als umfassendes, durchsetzbares Freiheitsrecht zu einer einschränkenden Auslegung strafrechtlicher Tatbestände zwingt. Erst wenn diese Voraussetzungen geklärt sind, kann zur eigentlichen Bestimmung des Verhältnisses verfassungsrechtliche Freiheitsnorm - strafrechtliche Verbotsnorm geschritten werden.

---

1) so z.B. Art. 142 WRV, vgl. Ridder, Freiheit der Kunst S. 10

Zu dieser Gelegenheit soll als Strafgesetz § 166 StGB in seinen ersten beiden Alternativen, also der "Gotteslästerung" und der "Beschimpfung von Religionsgesellschaften " beispielhaft herangezogen werden. Es wird nicht verkannt, daß die Verwendung gerade dieser Tatbestände zu Demonstrationszwecken mit besonderer Vorsicht geschehen muß. Sind doch diese Religionsdelikte i. e. S. selbst, trotz ihrer kriminalistischen Bedeutungslosigkeit,[1] Gegenstand jahrzehntelanger Auseinandersetzungen und Reformbestrebungen,[2] wobei die in diesem Zusammenhang geführte Diskussion bis heute daran leidet, "daß sich hier in ganz besonderem Maße die rein weltanschauliche, daher notwendig subjektive Beurteilung in den Vordergrund drängt" und " die rein juristische Betrachtung häufig geradezu zu verdrängen droht"[3].

Aber wenn sich auch in diesen Auseinandersetzungen die Allgemeinheit gewöhnlich an den Wurzeln ihrer geistigen und religiösen Freiheit berührt fühlt[4] und deshalb der Streit leicht die Grenzen eines ruhigen Gesprächs überschreiten kann,[5] bedeutet diese den Religionsdelikten in der Diskussion anhaftende Gefährlichkeit keinesfalls ihre völlige Unbrauchbarkeit für die hier angestrebten Zwecke.

Die Sorgfalt, die anzuwenden ist, um weltanschaulich gefärbte Äusserungen als solche zu erkennen und - soweit möglich - dieses Charakters zu entkleiden, wird sich lohnen, wenn die Hoffnung besteht, das am Beispiel des § 166 StGB ablesbare Ergebnis werde von besonderer Deutlichkeit sein.

---

1) Wegen eines Vergehens nach § 166 und § 167 StGB wurden in der BRD im Jahre 1959 73 Personen und im Jahre 1960 51 Personen verurteilt. (Vgl. W. Schilling, Gotteslästerung strafbar ?, S. 124)

2) Vgl. zur jüngsten Diskussion W. Schilling aaO S. 101f

3) Henkel ZStW 51, 920

4) Kahl, Religionsvergehen, in Vergl. Darst., BT, Bd. 3 S. 8

5) Hardwig, Die Behandlung der Religionsvergehen, in GA 1962, 257 (264)

Man wird dies vorsichtig bejahen können, denn § 166 StGB hat hinsichtlich der Problematik Kunstwerk- Strafgesetz in der Diskussion noch nie in stärkerem Maße Beachtung gefunden, ist also im Gegensatz zur "Verbreitung unzüchtiger Schriften" oder zu den Beleidigungstatbeständen noch nicht durch bisherige Lösungsversuche vorbelastet.

Weiter bietet § 166 StGB, wie sich zeigen wird, einen guten Ansatzpunkt zur Kritik der von Rechtsprechung und Lehre in diesem Zusammenhang praktizierten Lösungen. Weiter besteht die Hoffnung, daß sich von § 166 StGB aus ein eventuell neu vorzuschlagender Lösungsweg leicht auf die anderen hier relevanten Straftatbestände übertragen lässt.

Teil A: Grundlagen und Grenzen der Kunstwerkgarantie

Die Voraussetzungen zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen verfassungsrechtlicher Kunstfreiheitsnorm und strafrechtlicher Verbotsnorm liegen im Verfassungsrecht. Als höherrangiges Recht können Normen des Verfassungsrechts Strafrechtsnormen verdrängen oder wenigstens zu deren verfassungskonformer Auslegung führen.[1]

Es gilt daher zunächst die im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG bestehenden Streitfragen herauszugreifen, um sie, im Sinne einer Grundlegung, einer im Rahmen dieser Arbeit verbindlichen Klärung zuzuführen. Im Mittelpunkt steht dabei zunächst der verfassungsrechtliche Begriff des Kunstwerks.

I. Der Begriff des Kunstwerks als verfassungsrechtlicher Begriff

1) Leitgedanken bei der Begriffsbestimmung

Vergegenwärtigt man sich das zwischen verfassungsrechtlicher Kunstfreiheitsnorm und dem einzelnen Strafgesetz bestehende Spannungsverhältnis, so fällt auf, daß nicht schon der künstlerische Schaffensprozeß als rein geistige Leistung, sondern frühestens der Beginn seiner nach aussen erkennbaren materiellen Verwirklichung Berührungslinien zwischen Freiheitsnorm und Verbotsnorm schafft.

Kein Straftatbestand stellt die geistige Tätigkeit eines Menschen als solche unter Strafe.

Der künstlerische Schaffensprozeß verwirklicht sich gewöhnlich in einem an eine bestimmte Materie gebundenen Gebilde, dem Kunstwerk. Erst mit dem Kunstwerk, gleichgültig ob es zur Vollendung gebracht oder unvollkommen ist, liegt ein Objekt vor, das, weil möglicherweise straftatbestandserfüllend, Konfliktsmöglichkeiten schafft. D. h. aus strafrecht-

---

1) Vgl. Baumann, Strafrecht, AT, § 13 I 2a, S. 133

licher Perspektive steht bei der Betrachtung des Verhältnisses verfassungsrechtliche Freiheitsnorm - strafrechtliche Verbotsnorm das einzelne Kunstwerk im Mittelpunkt.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist das Kunstwerk Schutzgegenstand des Grundrechts der Kunstfreiheit. In Art. 5 Abs. 3 GG ist zwar ausdrücklich gesagt: die K u n s t - nicht das Kunstwerk - ist frei. Dies schliesst aber nicht aus, auch das einzelne Kunstwerk als Schutzgegenstand dieser Norm anzusehen, bedeutet doch das Kunstwerk die Verwirklichung der Kunst im Einzelfall, oder - anders ausgedrückt -: Die Kunst als Abstraktum erfährt ihr konkretes äusseres Auftreten, ihre Existenz, im Kunstwerk.[1] Als ausdrücklich genannter Schutzgegenstand umfasst die Kunst also auch das einzelne Kunstwerk.

Denkbar ist, daß sich ein verfassungsrechtlicher Begriff des Kunstwerks von einem entsprechenden strafrechtlichen Begriff unterscheidet.

Im Folgenden soll jedoch allein der verfassungsrechtliche Begriff im Mittelpunkt stehen, denn Werke, die schon von Verfassungs wegen nicht als Kunstwerke zu qualifizieren sind, können den Konflikt zwischen Freiheitsnorm und Verbotsnorm niemals auslösen. Andererseits ist nicht ausgeschlossen, daß jeder Konflikt überhaupt schon deshalb entfällt, weil Kunstwerke im verfassungsrechtlichen Sinne möglicherweise niemals straftatbestandserfüllend sein können. Letzterer Annahme steht zwar die Erfahrung entgegen, daß es in der Vergangenheit Strafprozesse gegeben hat, in denen - wie heute feststeht - zweifellos Künstler wegen ihrer Kunstwerke vor Gericht gestanden haben.

---

1) Vgl. Arndt, Die Kunst im Recht in NJW 1966, 26 (27):"Die Kunst lässt sich nur in der konkreten Begegnung mit Kunstwerken erfahren."; Erbel aaO S. 46: Der Begriff Kunst dient auch "zur Bezeichnung ... konkreter, gestalteter künstlerischer Werke."; Ropertz, Die Freiheit der Kunst (Diss. 1963): Das Kunstwerk ist der"Mittelpunkt der künstlerischen Tätigkeit."; siehe auch v. Mangold-Klein Anm. X 3 zu Art. 5 GG.

Für den verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff ist damit aber nichts festgestellt.

Es ist lediglich die Möglichkeit angedeutet, daß sich der Begriff des Kunstwerks, so wie er von Ästhetik und Kunstwissenschaft verstanden wird, von einem Rechtsbegriff des Kunstwerks unterscheiden kann.

Daß zwischen dem "metajuristischen" Begriff des Kunstwerks, so wie er in Ästhetik und Kunstwissenschaft entwickelt worden ist, und einem "verrechtlichten" Kunstwerkbegriff unterschieden werden muß, und daß bei der Hereinnahme eines Begriffs aus einer anderen Fachwissenschaft in den juristischen Raum dieser Begriff eine gewisse Umformung erfahren kann, wird heute allgemein gesehen.[1)]

Durch diese Umformung verliert der Kunstwerkbegriff, wie jeder andere ursprünglich ausserrechtliche Begriff, aber nicht seine ihm ursprünglich innewohnende Struktur. Der Rechtsbegriff des Kunstwerks kann deshalb nicht ohne Seitenblicke auf ausserrechtliche Bestimmungsversuche festgestellt werden. Soweit Ästhetik und Kunstwissenschaft sich um die Aufhellung struktureller Bezüge bemüht haben, sind ihre Ergebnisse auch für rechtliche Erkenntnisse grundsätzlich verwendbar.[2)]

---

1) Vgl. hierzu Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in AöR 82, S. 163 (179); speziell hinsichtlich des Kunstwerkbegriffs: Beling, Kunstfreiheit und Rechtsbann S. 23; Erbel aaO S. 2; Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem S. 129f; Ropertz aaO S. 71

2) Bedenken äussert Ropertz aaO S. 71: " ... sich der Auslegungsmethoden anderer Wissenschaften bedienen..bedeutet einen Einbruch in den philosophisch-ästhetischen Bereich, den zu wagen ... nur Hybris sein kann." Vgl. auch Kitzinger, Grundrechte II, S. 508; Thieme-Wehrhahn, Die Freiheit der Künste und Wissenschaften S. 60

Ein solcher Rückgriff wird jedoch dadurch erschwert, daß den ausserrechtlichen Disziplinen eine verbindliche Festlegung des Begriffes "Kunstwerk" bis heute nicht gelungen ist. Um die Vergeblichkeit der Bemühungen augenfällig zu machen, wird in diesem Zusammenhang gerne auf das Wörterbuch der philosophischen Begriffe von Rudolf Eisler verwiesen,[1] das eine bis zum Jahr 1927 ergänzte, sich über viele Seiten hinziehende Sammlung von Begriffsbestimmungsversuchen enthält.

Zunächst stehen jedoch methodische Probleme im Vordergrund. Dietrich Jesch[2] weist darauf hin, daß die Besonderheit juristischer Begriffsbildung darin liege, "daß die Verknüpfung mit metajuristischen Begriffen kaum jemals total, sondern fast durchweg partiell" erfolge. Corrigendum sei bei wissenschaftlichen Begriffen häufig der "gewöhnliche Sprachgebrauch", d.h. die Auffassung des Durchschnittsbürgers. Daß die theoretische Unterscheidung zwischen rechtlichen und ausserrechtlichen Begriffen zu einer tatsächlichen Unterscheidung ihrer jeweiligen Begriffsinhalte und insoweit auch zu einer inhaltlichen Einschränkung beim Rechtsbegriff führen kann, ist im Grundsatz nicht zu bestreiten. Ob diese Beobachtung allerdings auch für den Rechtsbegriff des Kunstwerks zutrifft, bedarf indes besonderen Nachweises.

Ein Blick auf bisherige Transformationsversuche trägt nichts zur Klärung bei. Zwar hatte die Rechtswissenschaft auf verschiedenen Rechtsgebieten (z. B. Strafrecht,[3] Jugendschutzrecht, [4] Gewerberecht, [5] Urheberrecht, [6]

---

1) Band 1 (4. Aufl., Berlin, 1927) S. 110ff

2) AöR 82, 179

3) Vgl. z. B. RGSt 37, 315

4) Vgl. z. B. BVerwG DÖV 1966, 647 = JZ 1967, 164

5) Vgl. z. B. Landmann-Rohmer, Kommentar zur GewO, Bd. 1, RN 18ff zu § 33 a

6) Vgl. z. B. Ulmer, Urheberrecht, S. 127ff

Baugestaltungsrecht,[1] Vernügungssteuerrecht,[2]) bereits Gelegenheit, einen Kunstwerkbegriff als Rechtsbegriff zu entwickeln. Die z.T. traditionsreichen Bemühungen haben jedoch zu höchst verschiedenartigen, nicht über das jeweilige Rechtsgebiet hinaus verbindlichen Begriffsbestimmungen geführt.

Da im hier verfolgten Zusammenhang nicht nur ein Kunstwerkbegriff als Rechtsbegriff schlechthin zu bestimmen versucht wird, sondern ein Kunstwerkbegriff speziell als verfassungsrechtlicher Begriff, wäre der Versuch, den gesuchten Begriff sozusagen synthetisch aus den bisher erarbeiteten Kunstwerkbegriffen zu entwickeln, schon im Ansatz verfehlt. Denn nicht durch diese Begriffe wird der entsprechende verfassungsrechtliche Begriff geprägt, eher vermag der verfassungsrechtliche Kunstwerkbegriff als der in einer höherrangigen Norm wurzelnde Begriff jene Begriffe entsprechend zu formen.

Auf Begriffsbestimmungsversuche der Rechtsprechung und Lehre zu einem anderen als dem verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff darf daher im folgenden nur am Rande abgehoben werden. Allenfalls lassen sich Äusserungen zum Kunstwerkbegriff des Jugendschutzrechts heranziehen (§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 GjS), denn richtiger Ansicht nach decken sich insoweit die jeweiligen Begriffsinhalte.[3]

Die entscheidenden Gesichtspunkte, unter denen eine Transformation des ausserrechtlichen Kunstwerkbegriffs in den verfassungsrechtlichen zu erfolgen hat, ergeben sich im Hinblick auf die in Art. 5 Abs. 3 GG fixierte Freiheitsgarantie der Kunst selbst, denn der Inhalt eines juristischen Begriffs ist wesentlich nach dem Zweck der Norm zu bestimmen, in der er steht. Normzweck des Art. 5 Abs. 3 GG ist die Gewährleistung

---

1) Vgl. z.B. Frankenberger, Diss., S. 49-67

2) Vgl. z.B. BVerwG 28.5.1965 E 21, 184 ff

3) BVerwG 12.1.66 DÖV 1966, 647 (648) = JZ 1967, 164 = MDR 1966, 703 = NJW 1966, 2374 (2375) = RdJ 1966, 191 = E 23, 104 (105f); vgl. auch Heckel, Staat, Kirche, Kunst S. 97 Anm. 318; Leonardy, Kunstfreiheit und Jugendschutz in NJW 1967, 714

eines objektiven Freiheitsbereichs, aus dem sich Individualrechte subjektiv-öffentlicher Art ergeben.[1] Jeder Versuch einer inhaltlichen Bestimmung des verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriffs muß dies berücksichtigen. (Es ergeben sich insoweit Parallelen zwischen Begriffsbestimmung und Normauslegung).

Daß heute nur selten der Versuch unternommen wird, den verfassungsrechtlichen Kunstbegriff (und damit auch den Kunstwerkbegriff) vom Normzweck des Art. 5 Abs. 3 GG her zu verstehen, ist wesentlich auf die verbreitete Meinung zurückzuführen, die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG bestehe nur zugunsten des die Kunst ausübenden einzelnen, weil die Kunst als Abstraktum selbst nicht frei sein könne.[2] Wohl kann ein Begriff als solcher niemals frei sein, er kann jedoch freiheitlich bestimmt werden.[3]

Für den verfassungsrechtlichen, in Art. 5 Abs. 3 GG unmittelbar angesprochenen Begriff der "Kunst" bedeutet dies, daß darunter mehr verstanden werden soll als das konkrete einzelne Kunstwerk, aber auch mehr als die Summe aller Kunstwerke, vielmehr ein sich in künstlerischen Werken, in künstlerischen Gestaltungsakten und in den einzelnen Vorgängen des Kunstlebens ausprägender Lebenssachverhalt.[4]

---

1) Erbel aaO S. 33, 83ff, 85ff; Knies aaO S. 177ff, 198ff; Ropertz aaO S. 91f

2) Arndt NJW 1966, 27; Dünnwald, Kunst und Unzüchtigkeit in JR 1965, 46 (47); Hamann Anm. 13 zu Art. 5 GG; v. Mangold-Klein Anm. X 2b zu Art. 5 GG; Ropertz aaO S. 91; OVG Münster 18.11.58 NJW 1959, 1890 (1892 r.Sp.); 3.11.61 Börsenblatt 1962, 561 (563) =RdJ 1962, 55

3) Vgl. dazu neuerdings Knies aaO S. 215ff

4) Erbel aaO S. 45, 47, 83; Knies aaO S. 190ff; vgl. auch Arndt NJW 1966, 26: "Lebenswirklichkeit, die man eine ganze Welt nennen könnte."; Heckel aaO S. 67, 71 f: "freier Sachbereich"; Mallmann, Das Recht der Kunsthochschulen in FS für Jahreiss S. 262: "autonomer Sachbereich", bzw. "eigengesetzlicher Kulturbereich"; v.Mangold-Klein Anm. X 2b zu Art. 5 gg: "gesellschaftlicher Sachverhalt".

Diesem sich wandelnden und ständig erneuernden, einem lebenden Organismus vergleichbaren Lebenssachverhalt ist nur dann eine Freiheitsgarantie wirkungsvoll zuteil geworden, wenn auch nicht unzweifelhafte Randbereiche mitgeschützt werden.[1)]

Für den entsprechenden verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff bedeutet dies, daß er all die Gebilde umfasst, in denen sich der Lebenssachverhalt "Kunst" manifestiert, also auch die Werke, bei denen ernstlich[2)] zweifelhaft ist, ob sie überhaupt zur Kunst zu zählen sind, weil sie keiner "bestimmten herkömmlichen Erscheinungsform des Kunstwerks"[3)], oder keiner traditionell anerkannten künstlerischen Form entsprechen[4)], aber auch die Werke, die trotz herkömmlicher Erscheinungsform an ihrer Kunstwerkseigenschaft zweifeln lassen[5)].

Keinem dieser Gebilde kann das Recht genommen sein, beim Freiheitsrecht des Art. 5 Abs. 3 GG Zuflucht zu suchen. Zweifel werden immer gegenüber Werken der Avantgarde bestehen. Art. 5 Abs. 3 GG will aber nicht allein allseitig anerkannten Werken Schutz gewähren, sondern weitergehend dem Lebenssachverhalt Kunst jede Entwicklungsmöglichkeit erhalten[6)].

---

1) Neuaufkommende Kunstrichtungen sind regelmässig besonders gefährdet. Vgl. Buchholz, Kunst, Recht und Freiheit S. 21, 24f

2) Eine gewisse Ernsthaftigkeit der Zweifel muß vorausgesetzt werden, da dem Grundgesetzgeber eine Freiheitsgarantie für einen völlig konturlosen Lebenssachverhalt nicht unterstellt werden kann.

3) Leisner, Begriffliche Grenzen der verfassungsrechtlichen Meinungsfreiheit in UFITA 24, 24, 80

4) z.B. Ready-mades, Collagen, Frottagen, Happenings, Fluxus, Pop Art, Computer-Lyrik, Zufallsmusik.

5) weil sie z.B. bestimmte Qualitätsvoraussetzungen nicht erfüllen.

6) Vgl. Bauer JZ 1967, 169 (Urteilsanm.);Kitzinger, Grundrechte II S. 450; Kohler, Das Sinnliche und das Unsittliche in der Kunst in ZStW 7,47 (50,54);Ott NJW 1964, 1149 (1150) (Urteilsanm.); Potrykus Anm.19 zu § 1 GjS; Ropertz aaO S. 81f, 97f; R.Schilling, Literar.Jugendschutz S. 24; Schmutz und SchundG Ziff.102f; Stein JZ 1959, 720 (723) (Urteilsanm.); BVerwG 21.12.54 NJW 1955, 1203 (Sünderin-Urteil)

Denn für das künstlerische Schaffen ist es geradezu typisch, daß es sich auch an der Gestaltung noch nicht allgemein gesehener Gedankeninhalte versucht.

Den verfassungsrechtlichen Begriff des Kunstwerks gilt es also freiheitlich - extensiv[1] zu bestimmen. Nur so ist sichergestellt, daß die Freiheitsnorm des Art. 5 Abs. 3 GG eine Auslegung erfährt, die deren stärkste Wirkungen entfaltet.[2]
Die Transformation des ausserrechtlichen Begriffes Kunstwerk in einen (Verfassungs-) Rechtsbegriff führt also nicht, wie Jesch[3] - für andere Fälle sicherlich zu Recht - meint, zur Einengung, sondern hier gerade zur Ausweitung des Begriffsinhalts. Insoweit ist auch die "Auffassung des Durchschnittsbürgers" als Richtpunkt der Begriffsbestimmung in Frage gestellt. Ein durchschnittlicher Maßstab vermag allenfalls das Durchschnittliche zu sanktionieren. "Freiheit der Kunst" bedeutet aber gerade Freiheit vor dem Ausgeliefertsein an das durchschnittliche Publikum, "Schutz gegen die Beschränkung ihres Bereichs auf eine Resultante massendemokratischer Übereinkunft oder pluralistischer Kompromisse".[4]

Den sonach einen gewissen Bereich, aus dem heraus Werke zur Kunst zu zählen sind, kennzeichnenden Begriff im Hinblick auf die dem Grundrecht gezogenen Schranken wieder einzuschränken, besteht kein Anlaß. Grundrechtsschranken können auf Inhalt und Umfang des verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriffs keinen Einfluß haben. Es besteht insoweit kein Reziprozität.[5] Ein Freiheitsrecht existiert logisch immer vor seinen Schranken.

---

1) Freiheitliche Begriffsbestimmung ist i.d.R. nur in freiheitsgewährenden Normen extensiv, in freiheitsbeschränkenden (z.B. den Strafgesetzen) dagegen meist restriktiv.

2) Vgl. BVerfG 17.1.67 E 6, 55 (72) = NJW 1957, 417

3) AöR 82, 179

4) Ridder, Freiheit der Kunst S. 24

5) so aber v. Hartlieb, Grundgesetz, Filmzensur und Selbstkontrolle in Schriftenreihe der UFITA, Heft 15 S. 29 (42); wie hier Erbel aaO S. 42, Fußnote 3

Damit steht aber auch sein Schutzobjekt unabhängig von jeder Schrankenziehung fest.[1]
Auch der Einwand, daß das Grundgesetz, indem es in Art. 2 Abs. 1 und in Art. 5 Abs. 1 auch die nichtkünstlerische Geistestätigkeit schütze, gerade zu einer engen Auffassung des Begriffes Kunst zwinge,[2] kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Die Frage nach dem Schutzobjekt des Art. 5 Abs. 3 GG ist allein aus dieser Norm selbst zu beantworten.

Diese Überlegungen sollen bei der im folgenden vorzunehmenden Eingrenzung eines verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriffes Leitgedanken sein.

2) Eingrenzungsversuche

Angesichts der Schwierigkeiten, welche die Definition des Begriffes Kunstwerk den Fachwissenschaften bereitet, sollte man sich von juristischer Seite in erster Linie auf die Erörterung solcher Teilaspekte des Phänomens Kunstwerk beschränken, die ein besonderes Interesse verdienen, in der Hoffnung, durch dieses Vorgehen Ansatzpunkte zur Konturierung eines dem Normzweck des Art. 5 Abs. 3 GG gemässen verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriffs zu finden.

Der hier unternommene Begriffsbestimmungsversuch setzt "von aussen", vom entsprechenden ausserrechtlichen Begriff her an und unterscheidet sich damit grundsätzlich von dem von Erbel unternommenen Versuch, unter Nutzbarmachung sämtlicher, in der Rechtswissenschaft, insbesondere im Staatsrecht entwickelter Auslegungsmethoden, den ähnlichen Begriff Kunst inhaltlich zu klären.[3]
Als rechtlich interessante Teilaspekte lassen sich bei

---

1) Eine andere Frage ist, inwieweit der Begriff des gewährleisteten Objekts sekundär als Komponente immanenter Grundrechtsschranken in Betracht zu ziehen ist. Hierauf wird zurückzukommen sein.

2) so Kraus, Freiheit der Kunst und Jugendschutz in FamRZ 1960, 56 (57)

3) aaO S. 35ff

Kunstwerk Inhalts- und Formfragen, Fragen nach dem künstlerischen Gestaltungswillen, schliesslich auch Fragen nach der künstlerischen Qualität des Werkes herausgreifen.
Weil die hinsichtlich des Inhalts und zum Teil auch der Form eines Kunstwerks bestehenden Probleme das Verständnis von dessen künstlerischem Gehalt nicht voraussetzen,[1] sollen sie zuerst besprochen werden.

a) 1. Ansatzpunkt: Inhalt

Die Frage ist, ob der in einem Kunstwerk im ausserrechtlichen Sinne darstellbare Inhalt Kriterium für den verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff sein kann. Ist der in einem Kunstwerk im verfassungsrechtlichen Sinne gestaltbare Inhalt bekannt, lässt sich auch beantworten, ob ein derartiges Kunstwerk überhaupt straftatbestandserfüllend sein kann.

Der Gedanke, den Kunstwerkbegriff als Rechtsbegriff vom darstellbaren Inhalt her zu fassen, ist nicht neu. Wiederkehrend findet sich in juristischen Überlegungen zum Kunstwerkbegriff die Auffassung, nicht jeder Inhalt, sondern nur ein sittlicher oder sonst besonders qualifizierter sei in Form eines Kunstwerks darstellbar.[2]
So betont z.B. schon Thode[3], nicht alles Gegenständliche sei der künstlerischen Behandlung fähig. Es gäbe Vorstellungen, die sich der künstlerischen Gestaltung entzögen. Vorwürfe unsittlicher-sinnlicher Art seien künstlerisch unzulässig, denn sie erweckten, jeder Verklärung durch Auffassung und Behandlung spottend, Widerwillen und Begierde und machten ein reines Anschauen und Fühlen unmöglich.

---

1) Vgl. Sedlmayer, Kunst und Wahrheit S. 36f
2) Daß insoweit auch schon Wertungsprobleme angeschnitten sind, soll im folgenden bewusst übersehen werden.
3) Kunst und Sittlichkeit (1906) S. 23

Ähnlicher Auffassung ist Moser,[1] wenn er sagt, die Kunst werde es immer verschmähen, Ideale wie Gott und Religion in den Kot zu ziehen.

Pointiert drückt sich v. Hippel[2] dahin aus, daß Schamlosigkeit und wahre Kunst unvereinbare Gegensätze seien.

Daß diese Meinungen nicht durch Zeitablauf gegenstandslos geworden sind, zeigen die Bemerkungen von Leiss,[3] Ott,[4] v. Hartlieb[5] und W. Schilling,[6] eine künstlerische Äusserung könne niemals beschimpfend bzw. unzüchtig sein. Dünnwald[7] glaubt gar, ein unzüchtiges Kunstwerk sei ein Widerspruch in sich. Typisch für diese Auffassung ist auch der Satz von Günther Krauss:[8] "Wie kann man noch etwas als Kunstwerk schützen, das mit den Kennzeichnungen: anrüchig, widerwärtig, anstössig, verderbt, übler Schmarren, ekelhaft, lächerlich, unfasslich, jenseits der Grenze, belegt ist."

Unversöhnlich steht dieser Position jedoch seit alters eine Auffassung gegenüber, die die Darstellbarkeit jeglichen Inhalts in einem Kunstwerk bejaht. Im einzelnen wird dazu u. a. gesagt, die Kunst habe von jeher Werke geschaffen, in denen hochgespannte Sinneserregung zu lebendigem Ausdruck gekommen sei.[9] Das Künstlerische schliesse das Schamverletzende und damit das Unzüchtige nicht aus.[10] Höchste Kunst dürfe tiefste Tiefen menschlicher Leidenschaft aufwühlen.[11]

---

1) Religion und Strafrecht (1909) S. 97

2) Lehrbuch des Strafrechts (1932) S. 232, Fußnote 1

3) Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung ... in NJW 1962, 2323

4) Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, in NJW 1963, 617 (618)

5) Unzüchtige Kunst ?,in Film und Recht 1965, 200

6) Gotteslästerung strafbar ? (1966) S. 132

7) Kunst und Unzüchtigkeit, in JR 1965, 48f; Kunstfreiheit und Strafgesetz, in GA 1967, 33 (39)

8) FamRZ 1959, 488; vgl. auch FamRZ 1960, 56

9) Schlechtriem, Die strafrechtliche Bedeutung unzüchtiger Schriften (1907) S. 5

10) Lazarus, Das Unzüchtige und die Kunst (1909)S.12,42,128,1

11) Bredt,Sittliche oder unsittliche Kunst?(1910)S. 14

Neben namhaften Autoren[1] geht auch das Reichsgericht z. B. in seiner Rechtsprechung zum Tatbestand der unzüchtigen Schriften grundsätzlich von der künstlerischen Gestaltbarkeit eines beliebigen Inhalts aus.[2] In neuerer Zeit mehren sich die Stimmen, nach denen der künstlerisch gestaltbare Inhalt grundsätzlich beliebig, und darum z.B. auch unzüchtig, beleidigend, beschimpfend oder jugendgefährdend sein kann.[3]

Wie schwankend trotz der Grundsätzlichkeit, mit der die widerstreitenden Meinungen vorgetragen werden, jedoch die einzelnen Standpunkte sind, zeigt sich besonders in der uneinheitlichen, einschlägigen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster. Im Urteil vom 3.10.1961 [4] rückt der erkennende 2. Senat ausdrücklich von einem Bescheid des 7. Senats vom 18.11.1958 [5] ab und führt im Gegensatz zu der älteren Entscheidung aus, daß Liebe und Verbrechen als Grenzsituationen des Lebens im existenzphilosophischen Sinne uralte Themen künstlerischen Schaffens von der Antike über die deutsche Klassik bis zur Moderne seien.

---

1) Binding, Gutachten, ZStW 2, 450 (467); Frank, StGB, Anm. 1 zu § 184; Kitzinger, Grundrechte II S. 449 (469); Kohler, Das Sinnliche und das Unsittliche in der Kunst in: ZStW 7, 47 (48, 55ff); sowie Goltd. Arch. Bd. 57, 418f; Roth, Die strafrechtliche Behandlung unsittlicher Literatur (Diss.) S. 29

2) Vgl. z.B. RG 22.11.04 E 37, 315; "Es kann keine Rede davon sein, daß jedes Werk der Kunst ... dem Bereich des Unzüchtigen entrückt sein müsse."

3) Bauer, Grundgesetz und "Schmutz- und Schundgesetz",in JZ 1965, 41 (47); sowie JZ 1967, 169 (Urteilsanm.)Buchholz, Kunst, Recht und Freiheit S.10, 15; Burrack Diss. S. 62, 66; Copic JZ 1963, 469 Fußnote 15; Erbel aaO S.9, 17, 22, 51, 90,92, 150; Frankenberger, Diss. S. 43, 46; Geiger, Zur Diskussion über d. Freiheit d.Kunst in:Leibholz-Festschrift Bd. 2 S. 187 (190f); Gerber, Unzüchtige Veröffentlichungen, Kriminalistik 1967, Mezger in LK Anm. 3 zu § 184; Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, in ZStW 77, 1 (35f); Ott, NJW 1964, 1149 (1150) Urteilsanm.; Ropertz aaO S. 99f; A. Schmidt, Über die Freiheit der Kunst in: GA 1966, 97 (101, 107); Welzel, Niederschriften Bd. 8 S. 247; Zeising, Diss. S. 139

4) Börsenblatt 1962, 561 =RdJ 1962, 55

5) NJW 1959, 1890

Wendet man sich angesichts dieser Verwirrung hilfesuchend an die Kunstwissenschaft, speziell die Kunstgeschichte, fällt auf, daß sich im Laufe der Entwicklung ein langsamer Befreiungsprozeß des künstlerisch darstellbaren Inhalts vollzogen hat.
So ist in den Höhlenmalereien der Eiszeit der Stoff der Kunst noch auf das grosse Tier, die Jagd und - als Anhang und höchste Stufe der Reflexion - den Jäger, Zauberer und Künstler selbst beschränkt.[1] Eine sittlich motivierte Beschränkung findet indes nicht statt. Die Verknüpfung der Kunst mit der sittlichen Praxis lässt sich allerdings schon in dem Zeitpunkt beobachten, in dem die Kunst zum konstruktiv architektonischen Mittel der Einfügung des Menschen in Raum und Zeit wird (insbesondere in Kultbau und Tanz).[2] Insoweit ist Ausübung der Kunst zugleich sittlicher Entschluß.

Wenn durch eine sich anschliessende Aufklärung andere sittliche Vorstellungen ins Bewusstsein gehoben werden, ist eine Trennung der Kunst vom sittlichen Entschluß zwar möglich, die Kunst in diesem klassischen Stadium inhaltlich trotzdem insoweit beschränkt, als sie zum Anreger dieses Entschlusses werden soll.[3]

Erst in der nachklassischen Zeit steht die Kunst neben und ausserhalb der sittlichen Praxis. Das Werk findet allein um seiner Schönheit willen Interesse. Der Inhalt wird gleichgültig. Später versucht jeder echte Realismus alles, was er im Naturvorbild findet, vorbehaltlos wiederzugeben. Mit der Forderung l'art pour l'art wird das Dargestellte vollends gleichgültig.

Die Konsequenz aus dieser, den Inhalt eines Kunstwerks fortschreitend befreienden Entwicklung ziehend, wird in den Fachwissenschaften die freie Gestaltbarkeit jedes Inhalts im Prinzip bejaht.

---

1) Vgl. K. Schilling, Die Kunst S. 13ff, 84

2) K. Schilling aaO S. 84

3) In Theben waren z.B. Künstler mit Geldstrafe bedroht, wenn sie in ihrer Darstellung etwas Unschönes zeigten, sei es auch ein wirklichkeitsgetreues Geschehnis. Vgl. Rittler, Die Freiheit der bildenden Kunst in SchwZStr 47, 73 (75, Fußnote 1)

So sagt z.B. Helmut Kuhn[1], daß es grundsätzlich keine Gedankeninhalte, auch nicht entlegene Wahrheiten gäbe, die von der künstlerischen Gestaltung ausgeschlossen seien. Sedlmayer warnt davor, Kunstwerke an dem zu messen, was sie darstellen. Die Darstellung des Hässlichen an sich für unkünstlerisch zu halten, sei ein verbreiteter Irrtum.[2] Rein ästhetisch gesehen gäbe es auch eine echte Kunst des Grausigen und Infernalischen.[3] Auch Franz Roh meint, daß eine beherrschende Idee, womöglich sogar eine moralische, dem Kunstwerk nicht zugrunde liegen müsse.[4] Vielmehr stellen die Künste "Schönes und Unschönes auf schöne Weise nichts verschönernd dar."[5]

Auf dem Hintergrund einer historischen Betrachtungsweise erweist sich die Auffassung, daß die Darstellung des Schönen auch stets die des Guten bedeute (Kaloskagathos), als idealistischer Trugschluß. Der in einem Kunstwerk im ausserrechtlichen Sinn darstellbare Inhalt wird weder durch ethische Kriterien wie Wahrheit oder Sittlichkeit, noch durch formale Kriterien wie Gegenständlichkeit oder Naturgetreuheit beschränkt. Auch die verzerrte Darstellung des Unsittlichen ist möglicher Kunstwerksinhalt. Zwischen Kunst und Obszönität gibt es insofern keine Alternative.[6][7]

---

1) Wesen und Wirken des Kunstwerks S. 26 f

2) Verlust der Mitte S. 212f

3) aaO S. 132

4) Streit um die moderne Kunst S. 54

5) Marcuse, ObszönS. 148

6) Vgl. Giese, Das obszöne Buch S. 29f, 55

7) Zum theologischen Aspekt der Problematik vgl. Gundert, Der Homo Faber und die Freiheit der Kunst in Kirche in in der Zeit 1966, 9ff.

Ist aber die Beliebigkeit des Dargestellten dem ausserrechtlichen Kunstwerkbegriff heute struktureigentümlich, kann auch der entsprechende verfassungsrechtliche Begriff nicht von diesem Ansatz aus inhaltlich begrenzt werden. Ein solches Unterfangen widerspräche dem bezüglich des verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriffs bestehenden Gebot freiheitlicher Begriffsbestimmung.[1)]

Dieses Ergebnis steht allerdings nicht in völligem Einklang mit der vom Bundesverwaltungsgericht im "Sünderin-Urteil" geäusserten Ansicht.

In dieser Entscheidung aus dem Jahre 1954 begrenzte das Bundesverwaltungsgericht den in einem Kunstwerk im verfassungsrechtlichen Sinn darstellbaren Inhalt dahin, daß nur eine frei erdachte Handlung wiedergegeben, zu den dargestellten Vorgängen aber selbst nicht Stellung genommen sein dürfe.[2)]

Durch diese Einschränkung hat das Bundesverwaltungsgericht einmal einen juristischen Kunstwerkbegriff gewonnen, ohne sich mit leidigen Wertungsproblemen auseinandersetzen zu müssen - der künstlerische Wert des zur Entscheidung stehenden Werkes blieb daher auch ausdrücklich dahingestellt -, andererseits sollte durch diese Abgrenzung die künstlerische Äusserung von der einfachen Meinungsäusserung abgehoben werden.[3)]

Dieses Vorgehen blieb mit Recht nicht unwidersprochen, wenn auch die Stellungnahmen z.T. selbst wieder zur Kritik herausfordern.

---

1) Vgl. oben S. 16; darüberhinaus wären erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten heraufbeschworen, worauf auch Schmidt GA 1966, 97 (101, 104) hinweist.

2) BVerwG (1. Senat) 21.12.54 E 1, 303 = NJW 1955, 1203 = MDR 1955, 377; vgl. aber neuerdings BVerwG (5. Senat) 12.1.66 DÖV 1966, 647 (648) = JZ 1967, 164

3) Die Notwendigkeit dieser Unterscheidung bleibt ohne das im Hintergrund stehende Schrankenproblem unverständlich: Während die Freiheit der Meinungsäusserung gem. Art. 5 II GG ihre Schranken an den allgemeinen Gesetzen findet, ist die Freiheit der Kunst ohne ausdrückliche Grundrechtsschranke gewährleistet. Hierauf wird zurückzukommen sein.

So bemerkt das OVG Münster,[1] die Gestaltung des "geistig-seelischen Gehalts" eines Werkes durch den Künstler, enthalte notwendig eine Stellungnahme, die Werkveröffentlichung ebenso notwendig eine Meinungsäusserung. Die Qualitäten Kunstwerk und Meinungsäusserung schlössen sich nicht aus, sondern seien notwendige Bestandteile eines durch künstlerische Tätigkeit geschaffenen Werkes.

Im Anschluß daran bemängelt auch Ropertz,[2] daß mit der Meinungsäusserung der Kunst eine Komponente amputiert würde, die u.U. nicht deren geringste sei. Er macht darauf aufmerksam, daß mit einer Tätigkeit im künstlerisch-schöpferischen Bereich eine irgendwie geartete Stellungnahme notwendig verbunden sei. Jede Aussage sei ein im geistigen Bereich wählendes Verhalten. Selbst blosse Formprobleme liessen sich in ihrer Fragestellung nicht ohne Stellungnahme denken.

Diesen und ähnlichen Ansichten[3] ist, soweit sie die begrifflich so sauber erscheinende Trennung zwischen Kunst und Meinungsäusserung bemängeln, voll zuzustimmen. Wenn man unter Meinungen "Stellungnahmen, Wertungen, wertende Urteile, Werturteile, Beurteilungen, Einschätzungen, wertende Ansichten, Anschauungen, Auffassungen u.ä." versteht und davon die schlichte Mitteilung von Tatsachen unterscheidet[4], ist in der Tat bei vielen Kunstwerksinhalten nicht ohne weiteres deutlich, ob eine Meinung geäussert oder lediglich eine Tatsache mitgeteilt werden sollte.

---

1) Bescheid vom 18.11.58 NJW 1959, 1890 (1892) = JZ 1959, 716 (718) m. Anm. Stein = DÖV 1959, 388 = RdJ 1959, 189 m. Anm. Schilling

2) aaO S. 43f

3) Vgl. z.B. Arndt NJW 1966, 27f; OLG Hamburg, 26.11.63 NJW 1964, 559; OVG Koblenz 24.3.66 DVBl 1966, 576 (580)

4) v. Mangoldt-Klein Anm. III 1 zu Art. 5 GG; Maunz, Deutsches Staatsrecht § 14 IV 3 (S. 108); Wernicke in BK Anm. II 16 zu Art. 5 GG

Wenn die Darstellung sachlich und ohne Kommentierung erfolgt, könnte zwar eine Tatsache wiedergegeben und keine Meinungsäusserung abgegeben sein.[1] Andererseits ist man sich aber darin einig, daß Meinungen auch in der Einkleidung von tatsächlichen Mitteilungen verbreitet werden können. Wann dies der Fall ist, soll aus der gewählten Aufmachung, der Art der Verbreitung oder der Auswahl des mitgeteilten Geschehens erkennbar sein.[2] D.h. schon darin, daß eine Tatsache gerade in einer künstlerischen Form dargestellt und verbreitet und nicht bloß schlicht als Tatsache mitgeteilt wird, soll eine Stellungnahme und Bewertung liegen.[3] Ja schon der Umstand, daß gerade diese Tatsache und keine andere für mitteilungswürdig befunden wurde, soll eine Stellungnahme und Bewertung erkennen lassen.[4]

Für die Frage, wann in der Äusserung einer schlichten Tatsache eine Meinungsäusserung zu erblicken ist, kommt es offenbar also darauf an, ob der Mitteilende eine Entscheidungsfreiheit über das Ob und Wie der Weitergabe gehabt hat.[5]

Wenn aber neben den eigentlichen Stellungnahmen auch sämtliche Tatsachen, die auf Grund eines freien geistigen Entschlusses geäussert werden, unter den Begriff der Meinungsäusserung fielen,[6] wären keine Unterschiede zwischen einer künstlerischen Äusserung und einer Meinungsäusserung mehr sichtbar.

---

1) Was schon bei der Darstellung zeitlich weit zurückliegender Geschehnisse fraglich ist.

2) Maunz, Staatsrecht S. 108; Ridder, Meinungsfreiheit S. 264

3) Vgl. auch Arndt NJW 1966, 28

4) Ridder aaO S. 264

5) Lediglich Rundfunksprecher oder bestellte Vorleser gäben demnach, wenn sie ihrer Vortragspflicht genügten, eine Tatsache weiter, Vgl. Ridder aaO S. 264 Fußnote 73

6) In diesem Sinne Ropertz aaO S. 44; Noltenius, Die freiwillige Selbstkontrolle S. 111

Konsequenterweise müsste die künstlerische Äusserung dann als Unterfall der allgemeinen Meinungsäusserung bezeichnet werden.[1)]

Eine Trennungslinie zwischen künstlerischer Äusserung und Meinungsäusserung, wie sie das Bundesverwaltungsgericht zieht, wäre nicht mehr sichtbar. Darin gipfelt auch die Kritik, die das Bundesverwaltungsgericht erfahren hat.[2)]

So richtig es ist, daß sich eine künstlerische Äusserung und eine Meinungsäusserung begrifflich nicht regelmässig ausschliessen, ist doch andererseits die Annahme regelmässiger Koinzidenz verfehlt.

Die begrifflichen Grenzen zwischen diesen Äusserungsformen dürfen nicht nivelliert werden.

So wird von v. Hartlieb richtig eingewandt, daß dann, wenn künstlerische Äusserung und Meinungsäusserung regelmässig zusammenfielen, die vom Grundgesetzgeber vorgenommene Aufteilung des Art. 5 GG in einen Absatz 1 bezüglich der Meinungsäusserung und einen Absatz 3 bezüglich der künstlerischen Äusserung praktisch bedeutungslos würde.[3)]

Von anderer Seite wird der Sonderbereich betont, den die Kunst ausserhalb der öffentlichen Meinungsbildung habe, und der der Selbstregulierung geistigen Lebens überlassen bleiben müsse.[4)]

Entscheidend erscheint folgende Überlegung:
In der Veröffentlichung eines ungegenständlichen Bildkunstwerks (ohne hinzutretende Bedeutung[5)]) liegt zweifellos eine Äusserung im weiteren Sinne.

---

1) So Ridder aaO S. 268, sowie Freiheit der Kunst S. 18; Bappert-Maunz Anm. 78 ff zu § 1 VerlG; v. Mangoldt-Klein Anm. II 3 zu Art. 5 GG; OVG Münster NJW 1959, 1890 (1892)

2) Ropertz aaO S. 44; OVG Münster aaO

3) Schriftenreihe der UFITA, Heft 15 S. 29 (31)

4) Noltenius aaO S. 111

5) Vgl. Sedlmayer, Die Revolution der mod. Kunst S. 27f

Nicht jede Äusserung ist jedoch eine Meinungsäusserung. Zwar wird behauptet, daß künstlerische Bewusstseinsinhalte Meinungen sein könnten,[1] dies bedeutet aber nicht, daß alle künstlerischen Bewusstseinsinhalte Meinungen sein müssten. Nur solche werden eine Meinung sein können, die auch Dritten verstehbar sind. Dies folgt aus der an eine Meinung zu stellenden Forderung, daß sie nicht nur vernehmbar, sondern auch verstehbar sein müsse.[2]

Ein Kunstwerk ohne Bedeutungsgehalt ist u.U. nur seinem Verfertiger, nicht aber Dritten rational zugänglich. Daneben gibt es reine Formen, die dem Zufall ihre Entstehung verdanken, die auch dem Künstler nur sinnlich fassbar, aber nicht verstehbar sind.

Besteht der einzige Inhalt einer Kundgebung in einer blossen Form, die nicht über sich hinausweist, kann es sich zwar noch um eine künstlerische Äusserung, nicht mehr aber um eine Meinungsäusserung handeln.

Eine künstlerische Äusserung kann also eine Meinungsäusserung beinhalten, muß es aber nicht.[3] Jedenfalls ist sie kein Unterfall der Meinungsäusserung, ganz abgesehen von den jeweils verschiedenen Formqualitäten.[4]

---

1) v. Mangoldt-Klein Anm. III 1 zu Art. 5 GG;Ridder, Meinungsäusserung S. 248

2) Ridder aaO S. 248 Fußnote 20. Eine Meinungsäusserung ist also gegenüber Kundgebungen anderer Art nicht nur formal dadurch abgegrenzt, daß sie zumindest auf Grund einer freien Entschliessung des Äussernden abgegeben wird, sondern auch inhaltlich: Äusserungen, die nicht rational verstehbar sind, können keine Meinungsäusserungen sein. A.A. R. Schilling, Lit. Jugendschutz S.31

3) So für das Verhältnis Meinungsäusserung -Wiss.Äusserung schon W.A.E. Schmidt, Die Freiheit der Wissenschaft (1929) S. 12; wie hier neuerdings Böckenförde, Der Stellvertreter-Fall in JuS 1966, 359 (362); Erbel aaO S. 15, 21, 52; Knies aaO S. 123; Rehbinder, Filmeinfuhrkontrolle und Grundgesetz, in DVBl 1965, 554; A. Schmidt GA 1966, 97 (103); OVG Koblenz 24.3.66 DVBl 1966, 576 (579)

4) Vgl. Ropertz aaO S. 105; OVG Koblenz 24.3.66 DVBl 1966, 576 (580); vgl. auch Heckel aaO S. 87f

Es bleibt bei dem bereits gefundenen Ergebnis, daß der in einem Kunstwerk im verfassungsrechtlichen Sinne gestaltbare Inhalt völlig beliebig ist. Sowohl Werke mit straftatbestandserfüllendem Inhalt, wie auch Zeugnisse engagierter Kunst können Kunstwerke im verfassungsrechtlichen Sinne sein.[1)]

Eine Möglichkeit, den verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff vom darstellbaren Inhalt her zu fassen, besteht nicht.

b) 2. Ansatzpunkt: Form

Auch die Betrachtung der einem Kunstwerk im ausserrechtlichen Sinn eigenen Form geschieht in der Absicht, von hier aus ein Kriterium zur Erfassung des verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriffs zu finden, ein Ziel, das sich vom darstellbaren Inhalt her nicht verwirklichen ließ.

Der Begriff der Form ist im kunstwissenschaftlichen Sprachgebrauch mehrdeutig. Im vorliegenden Zusammenhang soll die "äussere Form" des Kunstwerks von dessen "eigenwertiger Form" unterschieden werden.
Dies will näher erklärt sein.

Jedes Kunstwerk ist sinnlich wahrnehmbar. Es wendet sich vornehmlich an Gesicht und Gehör.[2)]

Sinnliche Wahrnehmbarkeit setzt aber eine entsprechende Zugangsform voraus, in die das Kunstwerk gekleidet ist. Zugangsformen können physische Gegenstände wie Holz, Metall, Leinwand, Papier, aber auch Töne und Sprachlaute sein. Ein Kunstwerk kann u.U. mehrere Zugangsformen haben.

Die Zugangsformen sind die"Verkörperungen" des Kunstwerks. Im übertragenen Sinn lässt sich insoweit auch von Kunst"dingen" sprechen. Es fällt nicht schwer, das Kunstding gedanklich vom Inhalt, den es verkörpert, zu lösen. Zurück bleibt die "äussere Form".

---

1) Erbel aaO S. 97, 129; sich anschliessend Mosel, Kunst im Recht, UFITA Bd.50 S. 622
2) K. Schilling, Die Kunst S. 110

Als Kunstwerk existiert ein Gebilde hinwieder nicht durch sich selbst, sondern nur durch seinen Betrachter. Allein das menschliche Auge oder Ohr vermag das Kunstwerk aus der äusseren Form und dem dargestellten Inhalt zu reproduzieren.[1] Durch diese Integration wird es als Kunstwerk Gestalt.[2]

Wird ein Kunstgebilde derart als Kunstwerk gesehen (oder gehört), hat das Formelement nur noch Funktionswert. Seine Beschreibung unterscheidet sich in nichts von den Beschreibungsversuchen zum Wesen des Kunstwerks und ist untrennbar verknüpft mit Rang- und Wertfragen.[3] Ein so verstandener Begriff der Form ist immer dann gemeint, wenn in einer verbreiteten juristischen Definition der Kunst von einer "eigenwertigen Form" die Rede ist.[4]

Dieser Formbegriff wirft, weil er eine wertende Betrachtungsweise voraussetzt, besondere Schwierigkeiten auf. Hier soll daher zunächst nur untersucht werden, ob sich der verfassungsrechtliche Begriff des Kunstwerks von der "äusseren Form" her konturieren lässt.

Unter den Künsten hat bei der Musik das formale Element naturgemäß besonderes Gewicht. Insoweit ist schon das Material bzw. System, mit dem gearbeitet wird, Kunstwerksindiz. Ursprünglich nicht künstlerische Musikwerke sind kaum vorstellbar. Ein Reichtum reiner, in sich geschlossener,

---

1) Vgl. Sedlmayer, Kunst und Wahrheit S. 44, 87ff; Roh, Der verkannte Künstler S. 361

2) Vgl. K. Schilling, Die Kunst S. 65

3) Vgl. Krämer-Badoni, Über Grund und Wesen der Kunst S.27, 169; siehe auch Ropertz aaO S. 100; A.Schmidt GA 1966, 97 (98)

4) "Kunst ist die Gestaltung eines geistig-seelischen Gehalts durch eine eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen." So im Anschluß an den Grossen Brockhaus (16. Aufl., Wiesbaden, 1955, Bd. 6 S. 706) Hamann Anm. 13 zu Art. 5 GG;Kalb, Jugendschutz S. 41; Löffler Anm.17 zu § 9 RPG (S. 179); v. Mangoldt-Klein Anm. X 3 zu Art. 5 GG; Ott NJW 1963, 617 (620); OVG Münster 18.11.58 NJW 1959, 1890; 3.10.61 Börsenblatt 1962, 561; LG Hamburg 31.7.62 NJW 1963, 675

typisch künstlerischer Formen ist entwickelt.[1]

Bei der bildenden Kunst und der Sprachkunst, bei denen anschauliche Vorstellungen ungleich mehr im Vordergrund stehen, sind ähnliche Formtypen dagegen schwerer auffindbar.

So sind die Gattungen der bildenden Kunst[2] in sich formal vielgestaltig und daher zu einer Abgrenzung wenig geeignet. Zwar können auch hier eigentümliches Material und besondere Mittel formale Anzeichen für die Kunstwerkeigenschaft eines Gebildes sein, eine daran anschliessende Abgrenzung hat jedoch entscheidende Schwächen. Sie versagt einmal bei der Anwendung neuartigen Materials und nichttraditioneller Mittel, schliesst als solchen erkennbaren Kitsch und Schund nicht aus und ist schliesslich nur zur industriellen Formgebung hin gezogen, in Richtung auf rein handwerkliche Formgebung aber offen.

Als Kriterium ist die "äussere Form" insofern ergänzungsbedürftig.

Bei der Sprachkunst stellt sich die Frage, ob formale Unterschiede zwischen der Sprache als Dichtung und der Sprache als reinem Erkenntnis- und Verständigungsmittel bestehen, die zur gewünschten Abgrenzung nutzbar gemacht werden können. Insoweit ist die bei den Formtypen Epik, Lyrik und Dramatik gleichermassen relevante, grundsätzliche Unterscheidung zwischen Prosa und Versen bedeutungsvoll. Der alltägliche Sprachgebrauch bedient sich gewöhnlich schlichter Prosa. Die metrisch geregelte Zeile und die aus ihr aufgebauten höheren, insbesondere lyrischen Einheiten[3], deren formale Ordnung schon äusserlich durch

---

1) Z.B. Sonate, Fuge, Arie, Rezitativ, Lied, Motette, Kantate, Passacaglia, Sarabande, Suite usw.

2) Malerei, Grafik, Ornament, Plastik und Architektur

3) Z.B. Terzine, Ritornell, Stanze, Ode, Sestine, Sonett

Druckbild, Großschreibung am Zeilenanfang usw. zum Ausdruck kommt, lassen daher von vornherein auf den Kunstwerkcharakter schliessen.[1] Derselbe kann auch bei dramatischen Typen in Prosaform dann nicht ausgeschlossen werden, wenn formal Wechselrede und eine - wenn auch lose[2] - Gliederung in Szenen und Bilder erkennbar ist. Auch hier heben Formunterschiede das dichterische Werk erkennbar vom nichtdichterischen ab.

Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen dagegen hinsichtlich der erzählenden Typen. Während die Novelle u.U. noch typologische Eigentümlichkeiten aufweist[3], ist der Roman durch eine völlig offene, durch die Poetik nicht fixierte Form gekennzeichnet. Er kennt keine kompositorische Strenge und kann alle dichterischen Darstellungsarten in sich aufnehmen. Auswahl und Anordnung des Stoffes sind variabel. Da auch die benutzte Sprachform als solche keine Besonderheiten aufweisen muß, lässt sich zur Grenzziehung von der formalen Seite nur der Umstand anführen, daß die Darstellung nicht anders als durch Erzählung erfolgt. Damit ist eine Grenze aber nur zur wissenschaftlichen Darstellungsform gezogen, keinesfalls aber zu der Mitteilung des täglichen Lebens, aus der die Erzählkunst unmittelbar erwächst. Auch in diesem Zusammenhang sind formale Kriterien also unzulänglich und ergänzungsbedürftig.[4]

Fragwürdig ist ein entsprechender Abgrenzungsversuch

---

1) Ähnlich K. Schilling, Die Kunst S. 191

2) Zu eng wäre die Forderung nach strenger Akteinteilung und Aktfolge, oder nach Einhaltung der klassischen drei Einheiten.

3) Gipfelereignis, Verkürzungstechnik

4) So ausdrücklich auch Krauss FamRZ 1959, 488

schliesslich bei der Filmkunst.[1)]

Als zusammengesetztes Kunstwerk vereinigt der Film Gestaltungselemente der darstellenden und bildenden Kunst mit denen der Wort- und Tonkunst. Auch hier macht die völlige Freiheit in Auswahl und Anordnung des Stoffes und das Fehlen jeder kompositorischen Strenge eine allgemeine formale Abgrenzung zwischen dem künstlerischen und dem nichtkünstlerischen Film nahezu unmöglich. Schon gar nicht lässt sich an Hand des Materials, mit dem gearbeitet wird, die gewünschte Unterscheidung treffen.

Zusätzliche Kriterien sind auch hier vonnöten.

Insgesamt lässt sich feststellen, daß das Kriterium der "äusseren Form" Aussagen über den Kunstwerkcharakter eines Gebildes beschränkt zulässt.

Während z.B. bei Musik, Lyrik und Dramatik schon endgültige Einordnungen möglich sind,[2)] machen andere Kunstarten und Gattungen zusätzliche Kriterien erforderlich. Darauf kann insbesondere nicht bei Werken verzichtet werden, die keinem bestimmten herkömmlichen Erscheinungsbild künstlerischer Form entsprechen.

Welche Kriterien hierbei heranzuziehen sind, soll im Folgenden geprüft werden.

---

1) Daß Filmwerke überhaupt Kunstwerke im verfassungsrechtlichen Sinne sein können, dürfte ernsthaft wohl nicht mehr bestritten werden.
Vgl. Berthold- v. Hartlieb, Filmrecht S. 238; Dünnwald, JR 1965, 46 (50); Erbel aaO S. 192; Frankenberger, Diss. S. 119f; v. Hartlieb, Schriftenreihe der UFITA, Heft 15 S. 44; Kalb, Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen S. 41; Krauss, FamRZ 1959, 488; Noltenius aaO S. 114; BVerwG 21.12.54 E 1, 303 = NJW 1955, 1203; OVG Koblenz 24.3.66 DVBl 1966, 576 (579); (vgl. auch Iros, Wesen und Dramaturgie des Films S. 52ff, insbes. S.74).

2) Vgl. Leisner, Schriftenreihe der UFITA, Heft 24 S. 80: "was sich in ... anerkannten künstlerischen Formen vollzieht, hat eine Vermutung der Kunst für sich."

c) 3. Ansatzpunkt: Künstlerischer Gestaltungswille

Neuerdings findet als Indiz für das Vorliegen eines Kunstwerks im verfassungsrechtlichen Sinn der Gestaltungswille seines Schöpfers besondere Beachtung.[1] Nicht ohne weiteres ist allerdings deutlich, welche inneren Zustände oder Abläufe beim Künstler damit gemeint sein sollen. Zwar lässt sich der speziell künstlerische Gestaltungswille leicht als der die Entstehung eines Kunstwerks begleitende innere Schaffensprozeß definieren. Über die Art dieses Schaffensprozesses herrscht jedoch Unklarheit.

Einmal wird er als völlig unbewusste "Eingebung" beschrieben und gesagt, jedes Eingreifen des hellen Verstandes störe den organischen Ablauf.[2] Wie der Traum sei und bleibe die Kunst völlig willenloses Schaffen.[3]

Eine andere Ansicht betrachtet mehr die sich anschliessende Darstellung des Werkes im Material und bezeichnet den Schaffensprozeß als bewussten, eine Sichtbarmachung gerade in dieser Form beabsichtigenden Vorgang.[4]

Schliesslich findet sich die Auffassung, es handle sich um ein Ineinander von bewussten, unbewussten und unterbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen seien.[5]

Keine dieser Meinungen führt zu einem brauchbaren Kriterium.

Unbewusste Vorgänge entziehen sich der Überprüfung durch Dritte.[6]

Wird als künstlerischer Gestaltungswille dagegen die Absicht verstanden, ein Kunstwerk zu schaffen, kann ein entsprechendes Kriterium die Kunstwerkeigenschaft solcher Wer-

---

1) Dünnwald JR 1965, 46 (48); Ott NJW 1964, 1150; Ropertz aaO S. 101ff; Stein JZ 1959, 723; OVG Münster NJW 1959, 1890 (1893); OLG Düsseldorf NJW 1964, 562 (563); OVG Koblenz DVBl 1966, 576, (579)

2) Sedlmayer, Kunst und Wahrheit S. 112ff, 116

3) K. Schilling, die Kunst S. 80

4) z.B. OVG Münster NJW 1959, 1893

5) Stein JZ 1959, 723 (Urteilsanm.)

6) Vgl. Sedlmayer, Kunst und Wahrheit S. 116

ke nicht anzeigen, die - wie Tagebücher und Briefe - ohne entsprechende Absicht entstehen.[1)]

Sollen aber dem künstlerischen Gestaltungswillen bewusste wie unbewusste Vorgänge gleichermassen innewohnen, lassen sich mit einem entsprechenden Kriterium solche Erscheinungsformen moderner Kunst nicht erfassen, bei denen sich der innere Schaffensprozeß auf einen reinen Willensakt beschränkt.[2)]

In keinem Fall wird also ein umfassender verfassungsrechtlicher Kunstwerkbegriff umschrieben. Um entsprechendes Kriterium zu sein, müsste der künstlerische Gestaltungswille als der allgemeine Wille eines Werkschöpfers verstanden werden, sein Werk sei Kunstwerk oder als Kunstwerk beabsichtigt. Eine derartige innere Einstellung könnte schon anlässlich der Entstehung eines Werkes zum Ausdruck kommen, aber auch erst nachträglich geäussert werden. Sobald der künstlerische Gestaltungswille auf diese Weise begrifflich vom inneren Schaffensprozeß abgehoben würde, würde auch die alte - selbst die juristische Diskussion in den verschiedenen Rechtsgebieten belastende - Streitfrage, ob künstlerisches Schaffen jede gleichzeitige ausserkünstlerische Absicht ausschliesst[3)] hinfällig. Denn einem Werkschöpfer ist es unbenommen, sein

---

1) OVG Münster NJW 1959, 1893; vgl. auch Giese aaO S.55f; Ropertz aaO S. 101

2) z.B. bei Ready-Mades; vgl. Ott, NJW 1963, 617 (619) Sedlmayer, Revolution der modernen Kunst S. 85 ff

3) Vgl. aus der ausserrechtlichen und jurist.Literatur:
Ja: Berg, Gefesselte Kunst S. 32; K. Schilling, Die Kunst S. 82; Sedlmayer, Revolution S. 111; Thode aaO S. 19; LVG Köln 13.5.54 (4K 634/54) und 20.2.58 (2K 397/56)zit.bei v.Hartlieb, Schriftenreihe der UFITA,Heft 15 S. 34.
Nein: Bussmann-Pietzcker-Kleine, Gewerbl. Rechtschutz und Urheberrecht S. 342; v. Hartlieb, Schriftenreihe der UFITA 15, 34; Kitzinger, RPG S. 63; Krämer-Badoni aaO S. 24; Leisner, Schriftenreihe der UFITA 24, 79; Löffler Anm. 17 zu § 9 RPG (S. 179); Mallmann, Das Recht der Kunsthochschulen in: Festschrift für Jahreiss S. 247 (263); R. Schilling, Lit. Jugendschutz S. 21; Schlechtriem aaO S. 36, 38; Ulmer, Urheberrecht S. 129; OVG Münster Börsenblatt 62, 564

Werk, mit dem er kommerzielle Absichten oder Unterhaltungstendenzen verfolgt, als Kunstwerk einzuschätzen.

Ein so verstandenes Kriterium des künstlerischen Gestaltungswillens wird indes allgemein als zu weit empfunden.[1)]

Dies wäre hinzunehmen, besässe es nicht andere entscheidende Schwächen. Trotz seiner Eignung, all die Werke aus dem verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff zu eliminieren, bei denen die Schaffung eines Kunstwerks keineswegs in der Absicht des Verfassers bzw. Herstellers lag,[2)] führte es nämlich gerade in den Fällen, in denen eine Einordnung des Werkes an Hand formaler Kriterien noch nicht möglich war, meist ebenfalls zu keinem abschliessenden Ergebnis. In Zweifelsfällen wäre eine verhältnismässig sichere Unterscheidung wiederum nur bei traditionell künstlerischen, nicht aber bei avantgardistischen Werken möglich. Jede Unterscheidung wäre darüberhinaus schon durch die Möglichkeit einer unangemessenen Selbsteinschätzung des Werkschöpfers in Frage gestellt. Nicht zu Unrecht bemerkt in ähnlichem Zusammenhang Günther Krauss, daß es dem Staat nicht verwehrt sein könne, den Bereich dessen, was er unter seinen besonderen Schutz stelle, in gewissem Umfang selbst zu umgrenzen.[3)]

Ein endgültiges Kriterium zur Erfassung der verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriffs steht also immer noch aus.

---

1) Böckenförde JuS 1966, 359 (362); Dünnwald JR 1965, 46 (48); Kitzinger, Grundrechte II S. 508; Krauss FamRZ 1960, 57; Ropertz aaO S. 101; R. Schilling, Lit.Jugendschutz S. 24; Vogels, Jugendschutz 1957, 9 (12f); Wahl Anm. zu § 1 GjS (S. 169); OVG Münster NJW 1959, 1890 (1894);OLG Düsseldorf NJW 1964, 562/3; BVerwG DÖV 1966, 647 (650); sowie amtl. Begr. zu dem E eines Gesetzes über d. Vertrieb jug.gef.Schriften BT-Drucksache Nr.1101 (1. Wahlperiode 1949).

2) z.B. bei sog. Sub- Anti- oder Pseudokunst; vgl. Krauss FamRZ 1959, 488; R. Schilling, Lit. Jugendschutz S. 18f

3) FamRz 1960, 56 (57)

d) 4. Ansatzpunkt: Wert und Rang

Die Frage nach dem Begriff des Kunstwerks im verfassungsrechtlichen Sinne scheint hiernach nicht ohne Zuhilfenahme von Rang- und Wertkriterien lösbar zu sein.

Insofern sind Qualitätsprobleme zur Erörterung gestellt, die von juristischer Seite nur unter dem Vorbehalt letztlich fehlender Urteilskompetenz angegangen werden dürfen.

Zunächst ist es wichtig, Rangprobleme deutlich von eigentlichen Wertproblemen zu unterscheiden.
Während der Wert eines Kunstwerks nicht ohne festen Bezugspunkt in einem bestimmten Wertsystem - bildlich gesprochen also von "aussen" - festzustellen ist, kann der Rang eines Kunstwerks aus ihm selbst heraus bestimmt werden. Die Beurteilung eines Werkes kann verschieden ausfallen, wenn Maßstab, eine gesetzte Wertordnung, oder aber seine innere Struktur ist.[1] Rang-wie Werturteile über Kunst haben in mehrfacher Hinsicht subjektiven Charakter.

Einmal ist Gegenstand der Beurteilung nicht das Werk als objektive Gegebenheit, sondern nur das Werk als Gegenstand individueller Wahrnehmung.[2] Zum andern ist jedes menschliche Urteil zeitgebunden.[3] Hinzu kommen bei Werturteilen die Erkenntnisschwierigkeiten hinsichtlich der maßstabsbildenden Werte.

Das Übereinstimmen vieler der idealistischen Tradition verpflichteter Werturteile beweist deren objektiven Charakter nicht. Vielmehr sind dieselben dadurch zusätzlich subjektiviert, daß der maßstabsbildende Wert selbst ("das Schöne") in einem Geschmacksurteil und damit letztlich in einem blossen Gefühl besteht.[4] Insoweit sind Werturteile über ein

---

1) Sedlmayer, Kunst und Wahrheit S. 109

2) Vgl. Berg aaO S. 18, 20f; Jaensch, Psychologie und Ästhetik in: Zeitschrift für Ästhetik Bd. 19 S. 12ff

3) vgl. Roh, Der verkannte Künstler S. 361f

4) Roh aaO

Werk lediglich "Reflexionsurteile über den Urteilenden selbst im Hinblick auf den Gegenstand."[1] Entscheidend für das Werturteil soll sein, ob sich im Beschauer bei der Werkbetrachtung das "reine Gefühl" des Kunstgenusses einstellt oder nicht.

Dieser Gefühlszustand, auch als harmonische Freude, echte Entspannung,[2] willenloses Anschauen,[3] oder als ästhetisches[4] bzw. interesseloses Wohlgefallen[5] und als interesselose Freude am Schönen bezeichnet,[6] charakterisiert psychologisch ein besonderes Zeitbewusstsein, in dem der Augenblick nicht mehr als Endpunkt des Gewesenen und als Auftakt des Kommenden, sondern als in sich ruhende Gegenwart erlebt wird.[7]

Dieses reine, mit dem religiösen Empfinden verwandte Gefühl,[8] von dessen "Bodenlosigkeit" schon die philosophische Kritik spricht,[9] ist kein reales Kriterium zur begrifflichen Umschreibung eines Kunstwerks im verfassungsrechtlichen Sinne.

Einmal ist für weite Bereiche moderner Kunst die Annahme völlig unzutreffend, ihr Inhalt eröffne sich im Genuß.[10] Aber selbst wenn man davon ausgeht, allein über den Kunstgenuß werde ein richtiges Urteil über die Kunstwerkseigenschaft eines Gebildes ermöglicht, weil man der Annahme ist,

---

1) K. Schilling, Die Kunst S. 103, 105

2) v. Hartlieb, Schriftenreihe der UFITA 15, 44

3) Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung I, insbes. §§ 38ff

4) Vogels, Jugendschutz 1957, 9 (12)

5) Kant, Kritik der Urteilskraft I 1 § 2

6) Rechtsprechung des Reichsgerichts seit RG 6.11.93 E 24, 365 (367)

7) Lersch, Aufbau der Person S. 237; Thode aaO S. 15

8) Vgl. Hegel, Werke, Bd. IX S. 414; Kretschmer, Med. Psychologie S. 187

9) Haecker, Schönheit S. 17f

10) Vgl. hierzu Friedländer, Von Kunst und Kennerschaft S. 19, 21, 72; Krämer-Badoni aaO S. 36; Marcuse aaO S.148,245, 250

dem Gegensatz "schön - hässlich" entspreche der Gegensatz "gelungen - mißlungen",[1] wäre das Kriterium juristisch deshalb unbrauchbar, weil die Anschauung darüber, was ästhetisch befriedigend ist, in einer Gesellschaft, die weder von einem einheitlichen Lebensgefühl getragen, noch weiterhin von einem bestimmten Kulturbewusstsein geprägt ist, völlig auseinandergeht.[2] Das Ergebnis wäre ein völlig relativierter Begriff des Kunstwerks.[3] Auch Werturteile dahin, ob ein Werk eine Bereicherung des künstlerischen Besitzes eines Volkes bedeutet,[4] oder ob es für die Gesamtentwicklung der Kunst bedeutungsvoll ist,[5] machen den Begriff nicht schärfer. Alle derartigen Urteile überfordern ein Gericht und bedeuten juristische Beckmesserei.[6]

---

1) So z.B. Katann in Staatslexikon, Bd. III, Stichwort Kunst; K. Schilling, Die Kunst S. 106. Verbindungslinien zu den den darstellbaren Inhalt eines Kunstwerks einschränkenden Auffassungen werden hier sichtbar.

2) Vgl. v. Hartlieb, Schriftenreihe der UFITA 15, 36; Löffler Anm. 26 zu § 1 GjS (S. 619); Ott NJW 1963, 617 (619); Ridder, Freiheit der Kunst S. 24; R. Schilling, Lit. Jugendschutz S. 33; BVerwG 28.6.55 E 2, 172 (176); OVG Münster 31.10.61 Börsenblatt 1962, 561 (564) = RdJ 1962, 55

3) So z.B., wenn definiert wird: Kunst ist die "unmittelbar anschauliche Gestaltung des Schönen." (Vgl. Zinn-Stein, Verfassung des Landes Hessen, Anm. 2 zu Art. 10)

4) So OVG Münster 18.11.58 NJW 1959, 1890; ähnlich schweiz. Bundesgericht BGE 87 IV 73 (83); vgl. auch Riedel, GjS S. 76f

5) Roh, Der verkannte Künstler S. 361

6) Bachof JZ 1957, 339; Beling, Kunstfreiheit und Rechtsbann in: Festschrift für Wölfflin S. 24; Drews-Wacke, Allg. Polizeirecht S. 95; Hamann Anm. 13 zu Art. 5 GG; Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten S. 108; Kitzinger, Grundrechte II S. 508; Leisner, Schriftenreihe der UFITA 24, 79; Mosel, UFITA Bd. 50 S. 596; Ropertz aaO S. 100; R. Schilling, Lit. Jugendschutz S. 21, 33 und RdJ 1959, 191 (Urteilsanm.) Stein JZ 1959, 722 (Urteilsanm.); BVerwG 21.12.54 NJW 1955, 1203

Indes sind an die Stelle richterlicher Urteile über den Wert eines Werkes heute zumeist entsprechende Rangbeurteilungen getreten, ohne daß dieser Unterschied terminologisch immer zum Ausdruck käme.

Der Rang eines Kunstwerks ist angesprochen, wenn von der Gestaltung eines "geistig-seelischen Gehalts durch eine eigenwertige Form" die Rede ist.[1)]

Ein Werk besitzt einen um so höheren Rang, je mehr sich alle seine Teile und Schichten im Gleichgewicht befinden und eine innere Einheit bilden, d.h. je mehr "das ästhetisch gegebene Nebeneinander in äusserste Spannung und zugleich damit in vollendete Leichtigkeit geraten ist."[2)]

In einem rangerfüllenden Kunstwerk darf keines seiner Teile verselbständigt sein, alle zufälligen Momente sind überwunden, jedes Element trägt einen mehrfachen Sinn, das Kunstwerk ist ein geschlossenes, in sich begrenztes Ganzes.[3)]

Eine Rangbeurteilung hat ihre Vorzüge.
Insbesondere ist die Rangbestimmung eines Werkes unabhängig von der Art des dargestellten Inhalts. Ausserdem wird der einmal richtig erkannte Rang von einer Umwertung der Werte nicht berührt.[4)]

Trotzdem ist aber auch dieses Kriterium verfassungsrechtlich letztlich unbefriedigend.

Abgesehen davon, daß alle Kunstgebilde der Gegenwart, bei denen der Zufall konstitutives Element bei der Werkentstehung ist, keinen Rang in diesem Sinne aufweisen,[5)] würde ein so begrenzter Begriff des Kunstwerks nur die gelungenen Kunstge-

---

1) Vgl. oben S. 29 Anm. 4

2) Krämer-Badoni aaO S. 33

3) Vgl. Emrich, Kann Dichtung verboten werden ? S. 164; Friedländer aaO S. 35; Kalb aaO S. 41; Krämer-Badoni aaO S. 27, 55, 169; Sedlmayer, Kunst und Wahrheit S. 101ff; A. Schmidt GA 1966, 97 (98); Thode aaO S. 15; Wölfflin, Kunstgeschichtliche Grundbegriffe S. 26; OVG Münster 3.10.61 Börsenblatt 1962, 561 (564)

4) Sedlmayer, Kunst und Wahrheit S. 103

5) Vgl. OVG Münster 3.10.61 Börsenblatt 1962, 561 (564)

bilde umfassen. Die Eigenart künstlerischen Gestaltens kommt aber in missglückten Gebilden nicht minder zum Ausdruck als in geglückten.[1] Daraus wird schon von Ernst Beling der Schluß gezogen, daß nicht nur gelungene (in Belings Terminologie: kustwerterfüllende), sondern auch künstlerisch unvollkommene (= kunstwertbezogene) Werke juristisch zur Kunst zu zählen seien.[2]

In ihren verfassungsrechtlichen Untersuchungen zur Weimarer Reichsverfassung tendieren auch Walter A.E.Schmidt[3] und Kitzinger[4] mit ihren Begriffsbestimmungen in diese Richtung.

Grund hierfür mögen für diese Autoren noch die oft unlösbaren Schwierigkeiten bei der Rang- (oder Wert-) bestimmung gewesen sein,[5] heute folgt für den verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff eine entsprechende Lösung aus Art. 5 Abs. 3 GG.

Wie erinnerlich zwingt das Freiheitsrecht zu einer freiheitlichen, extensiven Bestimmung des Begriffs,[6] damit aber auch zur Einbeziehung mehr oder weniger mißlungener, sowie nichttraditioneller Werke.

---

1) Sedlmayer, Kunst und Wahrheit S. 64

2) Kunstfreiheit und Rechtsbann in: Festschrift für Heinrich Wölfflin (1924) S. 24

3) Die Freiheit der Wissenschaft (1929) S. 114ff (für den entsprechenden Begriff "Wissenschaft")

4) Art. 142 Satz 1, Die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst in: Grundrechte Bd. 2 (1930) S. 449 (508)

5) So noch heute: Ropertz aaO S. 97f; R. Schilling, Lit. Jugendschutz S. 24; A. Schmidt GA 1966, 97 (100)

6) Vgl. oben S. 16

e) 5. Ansatzpunkt: Drittanerkennung

Der verfassungsrechtlichen Forderung, den Kunstwerkbegriff so zu umschreiben, daß nicht allein Werke unzweifelhafter Qualität einbezogen werden, kommt eine in jüngerer Zeit vertretene - wohl auf Robert Schilling zurückzuführende - Ansicht entgegen, die an die Qualität eines Werkes Minimalanforderungen stellt und sagt, es müsse genügen, daß ein künstlerischer Beitrag beabsichtigt gewesen sei, und der künstlerische Gestaltungswille im Werk einen erkennbaren Niederschlag gefunden habe.[1)]

Mit diesem "objektivierten künstlerischen Gestaltungswillen" scheint eine verfassungsrechtlich befriedigende Eingrenzung gelungen. In der hier verwendeten Terminologie wird damit ein Rang-, kein Wertminimum gefordert. D.h.: entscheidend soll sein, ob die innere Einheit eines Werkes - und sei es auch nur in Ansätzen - zum Ausdruck gekommen ist.[2)]

Bei näherem Zusehen erweist sich aber auch dieses Kriterium angesichts moderner Kunstrichtungen als nicht in allen Fällen gleichermassen brauchbar. Bei Werken, die niemals rangerfüllend sein können, lässt sich auch ein Rangminimum nie nachweisen. Da aber auch "ranglose" Werke u. U. verfassungsrechtlich zur Kunst zu zählen sind, ist eine entsprechende Erweiterung des Kriteriums unumgänglich.

---

1) Ott NJW 1964, 1150 (Urteilsanm.); Potrykus Anm. 19 zu § 1 GjS; Ropertz aaO S. 100f; R. Schilling, Lit. Jugendschutz S. 24 und Schmutz- und Schundgesetz Ziff. 102; Stein JZ 1959, 720 (723 r.Sp.) (Urteilsanm.) OLG Düsseldorf 16.1.64 NJW 1964, 562 (563) = RdJ 1964, 142; OVG Koblenz 24.3.66 DVBl 1966, 576 (579). Dagegen werden Minimalanforderungen nicht ausdrücklich gestellt von: Dünnwald JR 1965, 46 (48) und GA 1967, 33 (38); BVerwG (V C 111/61) 12.1.66 DÖV 1966, 647 (648) = JZ 1967, 164 (165) = RdJ 1966, 191; (V C 104/63) 12.1.66 JZ 1967, 161 (163); 15.11.67 JR 1968, 232 (233). Für eine nicht zu niedrige untere Grenze: Frankenberger, Diss. S. 43 f; v. Hartlieb, Schriftenreihe der UFITA 15, 37; Kalb aaO S. 40; Kitzinger, Grundrechte II S. 508; Löffler, PresseR, Anm. 26 zu § 1 GjS; OVG Münster 3.10.61 Börsenblatt 1962,561 (564) =RdJ 1962,55.

2) Ropertz (aaO S. 98) spricht von einer "Affinität zur künstlerischen Idee"

Nichttraditionelle Werke, die in Sonderheit zu dieser Erweiterung Anlaß geben, sind verfassungsrechtlich dann als Kunstwerke zu qualifizieren, wenn sie ernsthafte Zweifel an ihrer Kunstwerkeigenschaft auslösen.[1)]

Ernsthafte Zweifel über die Zugehörigkeit eines Werkes zur Kunst bestehen aber schon dann, wenn es von urteilskompetenter dritter Seite als eine Manifestation künstlerischen Gestaltungswillens betrachtet wird.

Wird ein Werk auf diese Weise als zum künstlerischen Bereich gehörig anerkannt - wobei das Attribut "künstlerisch" hier im weitesten ausserrechtlichen Sinne zu verstehen ist - kommt ihm auch verfassungsrechtlich Kunstwerkeigenschaft zu.

Das kompetente Dritturteil ist dabei keinesfalls das Urteil der "Mehrzahl der Rechtsgenossen" - wodurch allein das Durchschnittliche sanktioniert würde[2)] -, auch nicht in allen Fällen das Urteil der Mehrzahl der in künstlerischer Hinsicht Kompetenten. Ernsthafte Zweifel sind vielmehr schon dann angemeldet, wenn auch nur ein ernstzunehmender Dritter Anerkennung zollt.

Nur wenn eine - auch entgegen allen anderen Meinungen ausgesprochene - Einzelanerkennung zur Bejahung der Kunstwerkeigenschaft im verfassungsrechtlichen Sinne führt, ist der Kunstwerkbegriff, seinen verfassungsrechtlichen Voraussetzun-

---

1) Vgl. oben S. 15

2) Vgl. Ridder, Freiheit der Kunst S. 24; Ropertz aaO S. 81; a.A. Jesch AöR 82, 163 (181); zu weitgehend auch der Vorschlag von Grundert (Kirche in der Zeit 1966, 9 (12), die Beurteilungsaufgabe einem die pluralistische Gesellschaft repräsentierenden Team zu übertragen

gen entsprechend, weit genug gefasst.[1)]

Ein so verstandenes Kriterium der "Drittanerkennung" vermeidet die regelmässige Schwäche aller seitherigen Eingrenzungsversuche, denn traditionelle wie nichttraditionelle Werke werden dadurch gleichermassen einbezogen, kann doch eine Drittanerkennung ihren Grund sowohl in der Feststellung von Rangminima oder eines künstlerischen Gestaltungswillens haben, wie auch schlichte Anerkennung neuer Möglichkeiten sein.

Gleichzeitig ist der Rechtsanwender selbst jeder wertenden Berurteilung, insbesondere der Schwierigkeiten eigener Feststellung von Rangminima enthoben und damit dem Vorwurf der Urteilsanmassung durch Überschreitung eigener Urteilskompetenz entrückt.[2)]

---

1) Damit sind aus den Schwierigkeiten der Formulierung eines "material - qualitativen" verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriffs die Konsequenzen gezogen. Der hier gefundene Kunstwerkbegriff lässt sich durchaus als "punktueller Ersatz eines generellen grundrechtlichen Kunstbegriffs" bezeichnen (vgl. Knies aaO S. 163).Diese Feststellung könnte nur mit dem Angebot eines diese Schwäche vermeidenden, die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen gleichwohl erfüllenden Kunstwerkbegriffs als Kritik verstanden werden. Insoweit liegt es zwar nahe, den Kunstwerkbegriff ausdrücklich als rein "technisch-formale" Kategorie zu verstehen, d.h. Kunstwerke sind die Ergebnisse des Malens, Romanschreibens, Komponierens usw. (Knies aaO S. 219 ff). Damit ist zwar der Begriff des Kunstwerks - wie es auch hier versucht wird - ohne Rücksicht auf die Qualität des Geschaffenen definiert, der Versuch leidet jedoch an der Schwäche, daß stets am Phänotyp des "Kunstwerks" angeknüpft werden muß, was bei nichttraditionellen Werken vielfach unmöglich ist, ja in solchen Fällen wird es darüberhinaus oft nicht einmal möglich sein, wenigstens am Phänotyp "künstlerisches Schaffen" anzuknüpfen.

2) Nicht besonders betont zu werden braucht, daß auf die hier gebotene Lösung die Bedenken von Knies (aaO S. 170 ff) nicht zutreffen, der qualitative Kunstbegriff nötige zur Auswahl und Festlegung künstlerischer Bewertungsmaßstäbe durch ein Staatsorgan, zum künstlerischen Qualitätsurteil im Einzelfall und damit zum staatlichen Kunstrichtertum.

Erfolgt die Beurteilung eines Werkes auf Grund der früher besprochenen Kriterien, ist die Zuziehung eines kompetenten Dritten weder notwendig, noch seine Meinung verbindlich. Soll aber der Rechtsanwender das Werk in Zukunft allein auf Grund einer Vorqualifikation durch den kompetenten Dritten qualifizieren, ist ihm dessen Zuziehung so wenig anheimgestellt, wie eine eigenverantwortliche Überprüfung seines Urteils erlaubt.

Deshalb anzunehmen, mit dem Kriterium der Drittanerkennung finde in Wirklichkeit eine selbständige Beurteilung durch den Rechtsanwender nicht mehr statt, da letzten Endes allein die Vorqualifikation durch den kompetenten Dritten den Ausschlag gäbe, wäre unzutreffend. Zwar führt die Anerkennung eines Werkes, als zum Kunstbereich gehörig, durch den kompetenten Dritten regelmässig zur Bejahung der Kunstwerkeigenschaft im verfassungsrechtlichen Sinne.[1] Die an die Drittanerkennung anknüpfende Qualifikation durch den Rechtsanwender ist jedoch mehr als blosses Übernehmen und Gutheissen ausserrechtlicher Vorqualifikation. Das Kriterium der Drittanerkennung versagt dem Rechtsanwender zwar selbständige, unmittelbare Werkbeurteilung, konzentriert aber andererseits seine eigenverantwortliche Tätigkeit auf die Überprüfung der Kompetenz des Dritten. Nur wenn die Fähigkeiten des Dritten feststehen, ergibt sich für den Rechtsanwender die Notwendigkeit, sein Urteil an dessen Urteil zu orientieren.

---

1) Hat der kompetente Dritte Zweifel an der Zugehörigkeit eines Werkes zum verfassungsrechtlichen Kunstbereich, ist er nicht gehalten, diese positiv aufzulösen. Lediglich die ernsthaften Zweifel des Rechtsanwenders führen zur Bejahung verfassungsrechtlicher Kunstwerkseigenschaft. Eine andere Frage ist, ob der Dritte wegen der - besonders Ersturteilen anhaftenden - Unsicherheiten eine Verpflichtung gegenüber sich selbst zur Abgabe toleranter Urteile hat.

Damit kommt der Person des kompetenten Dritten zentrale Bedeutung zu. Einer zuverlässigen Auswahl entsprechend qualifizierter Personen steht nichts entgegen.[1)]

Bei Werken in traditioneller Erscheinungsform konzentriert sich die Tätigkeit des kompetenten Dritten auf die Feststellung von Rangminima. Es wäre ein Irrtum zu glauben, derartige Minima liessen sich leichter und eindeutiger feststellen als entsprechende (rangerfüllende) Maxima, wenn auch immer wieder das Gegenteil angenommen wird.[2)] Gerade wenn Rangelemente nur in Ansätzen sichtbar sind, bedarf es eines besonders geschulten Auges, sie zu erkennen. Nur ein Beurteiler mit kunstwissenschaftlicher Vorbildung, der in der Analyse und Interpretation von Kunstwerken geübt ist, wird hier mit der nötigen Sicherheit die gewünschte Auskunft geben können.[3)] An seine Befähigung sind nicht zu geringe Anforderungen zu stellen.

Ist andererseits ein nichttraditionelles Werk zu qualifizieren, dürfte die zur Beurteilung geeignetste Person eher in den Reihen der zeitgenössischen Künstler selbst zu finden sein. In deren Schaffen ist die Kunst der Gegenwart lebendig. Ihre Auseinandersetzung mit der Tradition ist es, die zu neuen Gestaltungsmöglichkeiten führt. Nur wer unmittelbar mit den Strömungen der Gegenwart kommuniziert, kann ein gerechtes Urteil über Neues und daher vielleicht noch ungenau Gesehenes abgeben.

Auch hier sind an die Befähigung des Beurteilers gewisse Anforderungen zu stellen. Urteilskompetent dürften jedoch alle ausübenden Künstler sein, die in irgendeiner Weise den Beweis für die Ernsthaftigkeit ihres Schaffens erbracht haben.

---

1) A.A. BVerWG 28.6.55 E. 2, 172 (177)

2) Ropertz aaO S. 97f; K. Schilling, Lit. Jugendschutz S. 24

3) Vgl. Sedlmayer, Kunst und Wahrheit S. 121f

Zu einer Bevormundung künstlerischen Schaffens führt diese kollegiale Beurteilung nicht.
Aus natürlicher Rivalität entspringende Intoleranzen werden dadurch ausgeschlossen, daß das zur Selbstbeurteilung des Künstlers tretende kollegiale Zweiturteil nur über die Ernsthaftigkeit der Bemühung, nicht aber über deren Gelingen Auskunft zu geben hat, und daß auch hier das positive Urteil nur eines qualifizierten Kollegen ausreicht, um das fragliche Werk zu den Kunstwerken im verfassungsrechtlichen Sinne zu zählen.

f) Exkurs: Veränderte Kunstwerke

Die seitherigen Bestimmungsversuche galten dem Kunstwerk in der ihm vom Künstler endgültig gegebenen Form, dem Original. Die fortschreitende technische Reproduzierbarkeit und die sich anschliessende Kommerzialisierung des Kunstwerks, sowie die Tatsache seiner verschiedenartigsten Bearbeitung verlangen eine zusätzliche Antwort auf die Frage, ob und welchen Erscheinungsformen ausser dem Original die verfassungsrechtliche Kunstwerkseigenschaft zukommt. Besondere Aufmerksamkeit hat dieses Problem bis heute nicht erfahren. Die summarische Feststellung, ein verändertes Kunstwerk werde nur dann des Schutzes von Art. 5 Abs. 3 GG teilhaftig, wenn bei der Veränderung nicht jedes künstlerisch-gestalterische Element fehle,[1] die Veränderung vielmehr selbst von einem künstlerischen Gestaltungswillen zeuge,[2] trägt der Vielgestalt der Vervielfältigungs- und Veränderungsmöglichkeiten nicht Rechnung.

Von Interesse sind zunächst die Fälle rein technischer Reproduktion. Hierzu zählen Drucke von Schriften oder graphischen Blättern, sorgfältige Reproduktionen von Gemälden,

---

1) Ropertz aaO S. 106
2) Dünnwald JR 1965, 46 (50)

Abgüsse oder Prägungen plastischer Bildwerke, Schallplatten oder Tonbänder von Musikstücken,[1] aber auch die Kopien von Filmen.

Der heute erreichte hohe Standard technischer Reproduzierbarkeit erlaubt praktisch die Vervielfältigung der Gesamtheit der überkommenen und noch entstehenden Kunstwerke.[2]

Gleichgültig ob die Vervielfältigungen selbst wieder Originale sind (wie z.B. jedes Blatt eines mehrfach aufgelegten graphischen Werkes), oder die Reproduktionen sich darauf beschränken, das Original möglichst getreu wiederzugeben, teilen diese - leicht akzentuierend als "unveränderte Vervielfältigungen" zu bezeichnenden- Wiederholungen die verfassungsrechtliche Kunstwerkeigenschaft des Erstlings. Dabei wird nicht übersehen, daß auch eine höchst vollendete Reproduktion niemals die einmalige Existenz des originalen Kunstwerks wiederholen kann, und auch die Echtheit des Originals mehr als irgendeine Werkeigenschaft ist.

Trotzdem ist es nicht angängig, verfassungsrechtlich zwischen Werken, deren mehrfaches originales Vorhandensein selbstverständlich ist, und Werken, die das Original möglichst genau wiedergeben wollen, zu unterscheiden. Ebenso wie sämtliche Originale Kunstwerke im verfassungsrechtlichen Sinne sind, wenn auch nur eines davon als zum Kunstbereich gehörig erkannt wurde, bezieht sich eine einmal erkannte verfassungsrechtliche Kunstwerkseigenschaft auch auf solche Werke, die das Original möglichst getreu ersetzen wollen, denn solche Vervielfältigungen stehen stellvertretend für das Original.

Ebensowenig entfällt die einmal erkannte Kunstwerkseigenschaft eines Gebildes, wenn sich dessen Zugangsform verändert, wenn z.B. ein dichterisches Werk statt über den Ge-

---

1) OLG Hamburg 26.11.63 NJW 1964,559 (561) = JR 1964, 151 (152)

2) Manche Kunstgattungen sind praktisch immer reproduzierbar gewesen. Vgl. Benjamin, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit S. 11ff

sichts- durch den Gehörsinn in das Bewusstsein des Aufnehmenden dringt.

Von den unveränderten Vervielfältigungen zu unterscheiden sind die eigentlichen Bearbeitungen. Wird ein Roman verfilmt oder sonst dramatisiert, wird er in eine fremde Sprache übersetzt, werden plastische Bildwerke in Gemälden oder Zeichnungen nachgebildet, werden Gemälde kopiert oder in einer graphischen Technik wiedergegeben, wird ein Orchesterstück für Klavier gesetzt oder ein Lied instrumentiert, ist eine Veränderung des originalen Werks damit notwendig verbunden.

Noch deutlicher ist dies bei Kürzungen und Schnitten an einem Werk, bei Auszügen, Zerstückelungen in Fortsetzungen, Zusammenstellungen (Text und Bild), Weglassung des Rahmens einer Rahmenerzählung, Hervorhebung bestimmter Stellen durch den Druck, Einfügung von Erklärungen, Anmerkungen, verbindenden Stellen oder sonstigen Zusätzen, sowie bei schlechten Vervielfältigungen aller Kunstgattungen.

Das Hervorgehen eines Werkes aus dem andern mag dazu verleiten, auch in diesen Fällen von der verfassungsrechtlichen Kunstwerkseigenschaft des Originals auf eine ebensolche bei der Bearbeitung zu schliessen. Die Tatsache, daß wesentliche Veränderungen stattgefunden haben, lässt jedoch eine derartige Ableitung der Kunstwerkseigenschaft nicht zu.

Diese muß vielmehr aus dem bearbeiteten Werk neu begründet werden.[1] Erfolgt die Bearbeitung mit künstlerischen Mitteln, wird das veränderte Werk i.d.R. wie das Original Kunstwerkseigenschaft besitzen. Für die Fälle der Bearbeitung mit unkünstlerischen Mitteln muß daran erinnert werden, daß für die Qualifikation eines Kunstwerks im verfassungsrechtlichen Sinn Rangminima genügen. Ein verstümmeltes Kunstwerk kann nie rangerfüllend sein, aber immer noch entsprechende Ansätze erkennen lassen, die zur Qualifikation

---

1) Vgl. Roth, Diss. S. 32

genügen. Selbst wenn der Veränderer keine künstlerischen Absichten verfolgt, entfällt die Kunstwerkseigenschaft beim Vorhandensein von Rangminima nicht.[1)]

3) Zusammenfassung

Es widerspräche dem Freiheitsrecht des Art. 5 Abs. 3 GG, würde der verfassungsrechtliche Begriff des Kunstwerks als wert- oder rangerfüllender Begriff aufgefasst, vielmehr lässt die Freiheitsnorm einen umfassenden Bereich erkennen, aus dem heraus Werke verfassungsrechtlich zur Kunst zu zählen sind. Zur Bestimmung eines entsprechenden Kunstwerkbegriffs gilt es diesen Bereich zu umgrenzen.

Angesichts der Vielfalt künstlerischer Ausdrucksmöglichkeiten erweisen sich hierbei alle das Werk unmittelbar kennzeichnenden Kriterien, seien sie deskriptiver oder normativer Art, als nur beschränkt brauchbar.

Dies führt dazu, die Widerspiegelung künstlerischer Erscheinungsformen im Auge des rezipierenden Dritten als umfassendes Kriterium nutzbar zu machen. Auf diesem Weg findet sich als Kriterium die "Drittanerkennung", d.h. die Anerkennung eines Werkes als zum Kunstbereich gehörig durch einen urteilskompetenten Dritten.

Zu beantworten bleibt, ob es sich bei dem so umschriebenen verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff um einen bestimmten

---

1) z.B. bei Bearbeitungen zu Werbezwecken. Vgl. Knies aaO S. 153 f; a.A.; Ropertz aaO S. 106; Stein JZ 1959, 720 (722 r.Sp.) (Urteilsanm.)

oder unbestimmten Rechtsbegriff handelt.[1]

Die Übergänge zwischen diesen Begriffsformen sind fliessend.[2] Auch bestimmte Begriffe können teilweise unbestimmt sein. Den Ausschlag gibt der Grad der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit.

Bei der Zuordnung kann die Unterscheidung Wertbegriff[3] - empirischer Begriff hilfreich sein, denn Wertbegriffe sind häufig und in besonderem Maße unbestimmt.[4] Ein mit dem Kriterium der Drittanerkennung umschriebener Kunstwerkbegriff ist jedoch kein Wertbegriff. Zwar wird der kompetente Dritte bei seiner Feststellung der Zugehörigkeit eines Werkes zum Kunstbereich, insbesondere bei der Feststellung von Rangminima, nicht immer auf Wertungen verzichten können. Jede an das Ergebnis seiner Beurteilung anknüpfende weitere Feststellung ist aber all dieser Wertungen enthoben. Darüberhinaus ist der Rechts-

---

1) Keinesfalls ist er ein Begriff des freien Ermessens. Nach dem bisher Gesagten ist es dem Rechtsanwender gerade verwehrt, nach persönlicher Wertung über die Kunstwerkeigenschaft zu befinden. Allein unter dieser Voraussetzung liesse sich aber ein dem Rechtsanwender eingeräumter Beurteilungsspielraum i.S. Bachof's (Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97ff) denken. Immerhin ist ein derartiger Spielraum der Filmbewertungsstelle in Wiesbaden eingeräumt worden (vgl. VGH Kassel 28.2.62 DVBl 1962, 605 = DÖV 1962, 870 mit zust. Anm. Menger, Verw.Arch. Bd. 54 (1963) S. 101), da das künstlerische Werturteil im allgemeinen in noch geringerem Maße der logischen Überprüfung zugängig sei als z.B. pädagogische Wertungen. Dagegen mit Recht OVG Münster 4.3.63 DÖV 1963, 764 (766). Nach seiner Ansicht hätte das Verwaltungsgericht mit der Möglichkeit, sich den Film vorspielen zu lassen, die Voraussetzung schaffen können, die Entscheidung der Behörde in vollem Umfang nachzuvollziehen. Alle zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel seien dazu auszunützen.

2) Vgl. Bachof JZ 1955, 99 r.Sp.; Engisch, Einführung S. 108; Redding, Unbest. Rechtsbegriff oder Ermessen DÖV 1954, 365 (366)

3) genauer: "wertausfüllungsbedürftiger" Begriff. Vgl.Engisch aaO S. 123ff

4) Diese zur Abgrenzung: unbestimmter Rechtsbegriff - Ermessen dienliche Differenzierung (vgl. Bachof, JZ 1955, 99; Redding DÖV 1954, 366) ist auch zur Unterscheidung zwischen unbestimmten und bestimmten Begriffen nützlich (vgl. Engisch aaO S. 109ff).

anwender im Anschluß an das Dritturteil in der Bejahung oder Verneinung der verfassungsrechtlichen Kunstwerkeigenschaft nicht frei. Fehlt aber die Möglichkeit einer Alternativentscheidung,[1] ist ein Begriff eindeutig vollziehbar.[2] D.h.: im Augenblick seiner Hereinnahme in den rechtlichen Raum verliert der ausserrechtliche Begriff des Kunstwerks alle inhaltliche und umfängliche Unbestimmtheiten und wird zum bestimmten Rechtsbegriff.[3]

---

1) Vgl. hierzu Loening DVBl 1952, 192

2) Die Notwendigkeit,die Kompetenz des Dritten zu überprüfen, führt zu keinem anderen Ergebnis, denn die Feststellung dieser Kompetenz ist unter Vermeidung jeglicher Wertung an Hand deskriptiver Kriterien möglich.

3) A.A. Ropertz (aaO S. 96), der den Kunstwerkbegriff als Wertbegriff versteht und daher zur Annahme eines unbestimmten Rechtsbegriffs gelangt.

II Einzelprobleme des Grundrechts der Kunstfreiheit

1) Freiheit der Kunstwerkverbreitung

Für die Lösung des Konflikts: verfassungsrechtliche Freiheitsnorm - strafrechtliche Verbotsnorm ist mit entscheidend, ob der Schutz des in Art. 5 Abs. 3 GG verankerten Freiheitsrechts nur den künstlerischen Schaffensprozeß bis zur Vollendung des Werkes erfasst - was unzweifelhaft ist -, oder auch die sich normalerweise anschliessende Werkveröffentlichung und Bekanntmachung.

Zweifel an einer umfassenden Freiheitsgarantie bestehen seit einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster aus dem Jahre 1958.[1)]
Damals äusserte das Gericht die Auffassung, Art. 5 Abs. 3 GG garantiere allein die Freiheit der eigentlichen künstlerischen Tätigkeit, wozu es einmal " die Erfassung und Auswahl des geistig-seelischen Gehalts, der gestaltet werden soll", sowie " dessen Gestaltung nach den jeder Kunstgattung eigenen Gesetzen in einer eigenwertigen Form " zählt, nicht aber die Werkveröffentlichung.[2)]
Nach dieser Meinung wäre ein Konflikt zwischen Freiheitsnorm und Strafrechtsnorm von vornherein ausgeschlossen, denn Voraussetzung dazu ist, daß das Kunstwerk der Aussenwelt zugänglich gemacht wird.

Die vom Oberverwaltungsgericht Münster angestrebte Verkürzung des Grundrechts der Kunstfreiheit ist jedoch - soweit einzelne Autoren nicht schon zuvor anderslautende Meinungen vertraten[3)] - fast allgemein auf Widerspruch gestossen.

---

1) 18.11.58 NJW 1959, 1890 (1892) = JZ 1959, 716 (718); sich anschliessend Noltenius aaO S. 114

2) Die diese Differenzierung auslösende Schrankenproblematik wird hier bewusst übergangen und unten S. 56ff im Zusammenhang dargestellt.

3) Giese, Komm. zur WRV (8. Aufl., 1931) Anm. 1 zu Art.142; Komm. zum GG (4. Aufl., 1955) Anm. II 6 zu Art. 5; Hamann Anm. 13 zu Art. 5 GG

Allerdings ist die Ansicht des Oberverwaltungsgerichts nicht leicht zu widerlegen, macht sich doch das Gericht selbst das schlagkräftige Gegenargument zu eigen, es sei dem künstlerischen Schaffen wesentlich, der Öffentlichkeit bekannt zu werden.[1)]

Oftmals geht die Kritik über die Betonung des lebensnotwendigen Zusammenhanges zwischen Werkschaffung und Werkveröffentlichung nicht hinaus.[2)]

Daran ist richtig, daß ein Kunstwerk, um Kunstwerk zu sein, immer der Möglichkeit der Rezeption bedarf.[3)] Allein daraus lassen sich rechtliche Folgerungen noch nicht ziehen.

Wie erinnerlich ist jedoch der Begriff "Kunst" in Art. 5 Abs. 3 GG im Sinne eines sich in künstlerischen Gestaltungsakten, daraus hervorgehenden Werken und anderen Vorgängen des Kunstlebens ausprägenden Lebenssachverhalts zu verstehen. Zentraler Bereich dieses Lebenssachverhalts ist aber auch die Veröffentlichung von Kunstwerken.[4)] Der Verfassungsgesetzgeber hatte grundsätzlich die Möglichkeit, lediglich einen Teilbereich dieses Lebenssachverhalts mit einer Freiheitsgarantie zu sichern. Zäsuren sind indes nicht gesetzt. Vielmehr ist der Lebenssachverhalt insgesamt von der Freiheitsgarantie ergriffen.[5)]

---

1) Urteilsgründe II 4b aa

2) Burrack, Diss. S. 67; Dünnwald JR 1965, 46 (47); Frankenberger, Diss. S. 7, 31f; Kalb aaO S. 42; Maetzel, Jugendschutz und Geistesfreiheit in: MDR 1955, 262 (263); Ropertz aaO S. 113; R. Schilling, Lit. Jugendschutz S. 31; ders. RdJ 1959, 191 (Urteilsanm.); OVG Münster 3.10.61 Börsenblatt 1962, 561 (563) vgl. auch Heckel aaO S. 76ff

3) K. Schilling, Die Kunst S. 65; Roh, Der verkannte Künstler S. 361

4) Vgl. Düwel, Staat und Kunst in: Studien über Recht und Verwaltung S. 45 (49f); Erbel aaO S. 48, 84; Knies aaO S.199ff

5) Zum Erg. vgl. Böckenförde JuS 1966, 359 (362); Geiger, Leibholz-Festschrift Bd. 2 S. 187 (196); v.Hartlieb, Schriftenreihe der UFITA 15, 29 (39); Stein JZ 1959, 721 (Urteilsanm.); Woesner, Grundgesetz und Strafrechtsreform in: NJW 1966, 1729 (1731) BayObLG 22.1.64 NJW 1964, 1149 = GA 1964,208 = JR 1964, 188

2) Informationsfreiheit über Kunstwerke

Ob Art. 5 Abs. 3 GG auch die freie Information über Kunstwerke garantiert, ist im hier verfolgten Zusammenhang nicht ohne Bedeutung, können doch strafrechtliche Maßnahmen - z.B. Einziehung oder Unbrauchbarmachung (§§ 40, 41 StGB) - unmittelbares Hindernis für eine freie Information sein.

In Art. 5 Abs. 3 GG ist der Lebenssachverhalt "Kunst" ohne Einschränkung garantiert. Zentralbereich dieses Lebenssachverhalts ist aber auch die grundsätzliche Möglichkeit freier Information über Kunstwerke. Die Informationsfreiheit muß als notwendiges Gegenstück zur Veröffentlichungsfreiheit gesehen werden. Wie der rechtliche Schutz einer ins Leere geäusserten Meinung sinnlos wäre, träte nicht die Garantie des freien, individuellen Meinungsempfangs korrespondierend hinzu,[1] findet auch die Gewährleistung der freien Veröffentlichung von Kunstwerken ihre reziproke Ergänzung durch die Garantie des freien, individuellen Kunstwerkempfangs.

Zwar ist die Informationsfreiheit beim Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) ausdrücklich erwähnt, aber auch im Grundrecht der Kunstfreiheit ist sie stillschweigend enthalten.[2]

3) Durchsetzbarkeit

Wie der Konflikt: verfassungsrechtliche Freiheitsnorm - strafrechtliche Verbotsnorm schliesslich aufzulösen ist, entscheidet sich auch daran, welche Rechtsqualität die verfassungsrechtliche Norm besitzt.

Enthält Art. 5 Abs. 3 GG nur objektives Recht, kann der einzelne keine individuelle Berechtigung daraus herleiten. Zweifelhaft wäre insoweit schon, ob die Norm den Gesetzgeber zwingen könnte, einen gewissen Freiheitsbereich unangetastet zu lassen. Jedenfalls hätte eine so verstandene Kunstfrei-

---

1) Vgl. v. Mangoldt-Klein Anm. III 2zu Art. 5 GG; Ridder, Meinungsfreiheit S. 249

2) Vgl. zum Erg. Bauer JZ 1967, 168 (Urteilsanm.); Erbel aaO S. 48, 84; die Informationsfreiheit aus Art. 5 I GG herzuleiten (so BVerwG 12.1.66 DÖV 1966, 647 (649) wäre nur gerechtfertigt, wenn sich die künstl. Äusserung als Unterfall der Meinungsäusserung begreifen liesse (so Ridder, Meinungsfreiheit S. 268).

heitsgarantie für die Lösung des hier verfolgten Konflikts höchstens als unverbindliche, unbeschadet zu ignorierende Empfehlung Bedeutung.

Im Gegensatz zu Art. 142 WRV[1] enthält Art. 5 Abs. 3 GG jedoch mehr als nur unklagbares Recht. Obwohl die abstrakte Formulierung ein klagbares Recht des einzelnen primär nicht erkennen lässt, wird - soweit Äusserungen überhaupt vorliegen - heute allgemein anerkannt, daß diese Norm u. a. ein subjektives Recht enthält,[2] für dessen Verwirklichung der Rechtsweg in Anspruch genommen werden kann.[3] Die Aktualisierung der Norm folgt dabei unmittelbar aus Art. 1 Abs. 3 GG, die prozessuale Durchsetzbarkeit aus Art. 19 Abs. 4 GG.[4]

---

1) Vgl. Anschütz, Die Verf. d. Dt. Reichs, Anm. 4 zu Art. 142 WRV; Ridder, Freiheit der Kunst S. 10; Rittler, Die Freiheit der bildenden Kunst und ihre Begrenzung in: SchwZStr 47 (1933) S. 73 (74)

2) Zur Lehre von der Doppelfunktion der Kunstfreiheitsgarantie als objektive Schutznorm und Gewährleistungsnorm subj. Grundrechte vgl. im einzelnen: Erbel aaO S. 83f, 85f; Ropertz S. 91

3) Geiger, Leibholz-Festschrift Bd. 2 S. 195f; Hamann Anm. 13 zu Art. 5 GG; Maetzel MDR 1955, 262 (263); v.Mangoldt-Klein Anm. X 2b zu Art. 5 GG; Wernicke in BK Anm. II 3a zu Art. 5 GG; BVerwGE 1, 303 = NJW 1955, 1203; OVG Münster NJW 1959, 1890 = JZ 1959, 716; und Börsenblatt 1962, 561 = RdJ 1962, 55

4) Vgl. Maunz-Dürig Anm. 96 zu Art. 1 GG. Entgegen dieser eindeutigen Verfassungsentscheidung schränkt Erbel (aaO S. 85ff) den subjektiv-grundrechtlichen Schutz auf den "Kernprozeß des Kunstlebens", der nur das künstlerische Schaffen und Publizieren umfassen soll, ein. Die ungehinderte Information über die veröffentlichte künstlerische Produktion wird insoweit dem Schutzbereich des Art. 5 I 1 unterstellt. Richtig-erweise ist aber auch die Informationsfreiheit zum "Kernprozeß des Kunstlebens" zu zählen, denn, wie schon ausgeführt, müssen die Vorgänge Veröffentlichung und Information wegen ihres unmittelbaren inneren Zusammenhanges grundsätzlich als Einheit gesehen werden.

Da sich der einzelne, gilt es die Kunstfreiheitsgarantie strafprozessual durchzusetzen, regelmässig im Konflikt mit dem Staat befindet, kann die Frage, ob Art. 5 Abs. 3 GG nur ein subjektiv-öffentliches Recht, oder darüberhinaus auch ein subjektiv-absolutes, also gegen beliebige private Anspruchsgegner gerichtetes Recht enthält, auf sich beruhen.[1)]

Potentieller Grundrechtsträger ist jeder, auch jeder Ausländer.[2)] Eine gewisse Beschränkung der tatsächlichen Rechtsträger ergibt sich aus dem Grundrecht selbst. I.d.R. werden die ein Kunstwerk Schaffenden und Verbreitenden (Verleger, Verleiher u.a.) den Grundrechtsschutz in Anspruch nehmen können.[3)]

Zweifelhafter ist dies dann, wenn jeweils mehrere Personen beteiligt sind.[4)] Träger des durchsetzbaren Rechts werden nur solche Personen sein können, die an der Werkschöpfung- und verbreitung unmittelbar und verantwortlich beteiligt sind, nicht aber Hilfskräfte innerhalb ihrer Dienstobliegenheiten.[5)]

4) Grundrechtsschranken

Weiter bedarf einer Klärung vorab, ob und welche Schranken den in Art. 5 Abs. 3 GG gewährleisteten Tätigkeitsbereich eingrenzen. Sollten sich die Strafgesetze insoweit als Grundrechtsschranken erweisen, wäre ein echter Konflikt: verfassungsrechtliche Freiheitsnorm - strafrechtliche Verbotsnorm von vornherein ausgeschlossen.

---

1) Zur "Drittwirkung" des Grundrechts der Kunstfreiheit vgl. Erbel aaO S. 212-220.

2) nicht aber jur. Personen (Art. 19 Abs. 4 GG): v. Mangoldt-Klein Anm. V 7d zu Art. 19 GG; Maunz-Dürig Anm. 53 zu Art., 19 III GG; Erbel aaO S. 227

3) Knies aaO S. 200f; Ropertz aaO S. 107; a.A. Erbel aaO S. 87,.88 Anm. 1 bezüglich der Nur-Verbreitenden

4) z.B. bei der Entstehung eines Films.

5) Vgl. v. Mangoldt-Klein Anm. X 4i zu Art. 5 GG

a) Schrankenziehungsversuche vor dem Strafgesetz

aa) Soweit Kunstwerke überhaupt als solche erkannt, und nicht nur als schlichte Meinungsäusserung begriffen und beurteilt werden,[1] zieht eine sich der Auslegungstradition der Weimarer Reichsverfassung[2] anschliessende, heute noch verbreitete Lehre die Schranken der Kunstfreiheit analog denen der Meinungsfreiheit.[3] Ihre Begründung findet diese Meinung in den "unmöglichen Konsequenzen", zu denen ein völlig schrankenloses, nicht einmal vor den Strafgesetzen haltmachendes Grundrecht führen würde,[4] aber auch in der "sicheren Rechtsgrundlage", welche eine Schrankenziehung aus Art. 5 Abs. 2 GG gewährleistet.[5] Daneben wird die Bindung an die allgemeinen Gesetze schlicht als "gewollt" angesehen,[6] oder gar keine Begründung gegeben.[7]
Diese Schrankenzuweisung bedeutet, daß mit den "allgemeinen Gesetzen" auch die Strafgesetze Schranken des Freiheitsrechts sind.[8]

---

1) So z.B. LVG Rheinland-Pfalz 29.5.52 VerwRspr. 4, 157; OVG Lüneburg 4.11.52 DVBl 1953, 83

2) Anschütz Anm. 2, 3 zu Art. 142 WRV (s. 658ff); Giese, Komm. zur WRV (8. Aufl. 1931) Anm. 1 zu Art. 142; Kitzinger, Grundrechte II S. 459ff; Rittler, SchwZStr. 47, 73 (76); Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäusserung in: VVDStRL, Heft 4 (1928) S. 6 (20f)

3) Nur wenn die künstl. Äusserung als Unterfall der Meinungsäusserung begriffen wird, kommt eine direkte Anwendung des Art. 5 II GG in Betracht. Vgl. Ridder, Meinungsäusserung S. 268; a.M. aber in Freiheit der Kunst S. 12

4) v. Mangoldt, BGG-Kommentar Anm. 8 zu Art. 5 GG

5) Bachof JZ 1957, 339 (Rspr.Bericht)

6) Maunz, Staatsrecht, § 14 IV 4 (S. 110); sowie BayVerwBl 1955, 216 (Urteilsanm.)

7) Giese (4.Aufl., 1955) Anm. II 6 zu Art. 5 GG; Giese-Schunck (7.Aufl., 1965) Anm. 9 zu Art. 5 GG; (a.A.offenbar Giese-Schunck (5.Aufl., 1960) Anm. 8 zu Art. 5 GG); vgl. auch Drews-Wacke, Allg. Polizeirecht (6.Aufl.,1952) S. 37; (anders ab 7. Aufl., 1961 S. 94f); Probst, Die Freiheit von Kunst und Wissenschaft (Diss.) S. 61

8) Ausdrücklich: Anschütz Anm. 4a zu Art. 118 und Anm. 3a zu Art. 142 WRV; v. Mangoldt-Klein Anm. 8 zu Art. 5 GG; Maunz, Staatsrecht § 14 IV 4 (S. 110)

Zutreffend wird dieser Meinung entgegengehalten, die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG bezögen sich nach eindeutigem Wortlaut allein auf die Freiheitsrechte des Absatzes 1 der Norm ("Diese Rechte finden ihre Schranken..."). Auch ihre systematische Stellung lasse keinen anderen Schluß zu.[1] Dem Grundgesetzgeber dürfe kein redaktionelles Versehen bei der Anordnung der einzelnen Absätze in Art. 5 GG unterstellt werden, entbehre doch die Treubindung an die Verfassung in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG bei gleichmässiger Beschränkung der Norm durch die allgemeinen Gesetze jeglichen Sinns.[2]

---

1) Erbel aaO S. 117; a.A. Knies aaO S. 59ff. Nach seiner Meinung ist die individuelle Kunstfreiheit weder durch die Formulierung noch durch die systematische Einordnung der Kunstfreiheitsgarantie im Verhältnis zur Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG materiell aufgewertet und ihr ein Schrankenprivileg eingeräumt worden (aaO S. 230ff). Art. 5 Abs. 1 GG sei eine partielle Kunstfreiheitsgarantie. Der Begriff der Meinung sei - entsprechend dem Charakter der Meinungsfreiheit als einem komplexen Grundrecht des freien geistigen Ausdrucks und Austauschs - weit auszulegen und umfasse auch künstlerische Bewusstseinsinhalte (aaO S. 243 ff). Insoweit ergäben sich die Schranken individueller Kunstfreiheit unmittelbar aus Art. 5 Abs. 2. Den nicht durch Art. 5 Abs. 1, sondern nur durchArt. 5 Abs. 3 erfassten Betätigungsformen der Kunstfreiheit seien die gleichen Schranken gesetzt, weil die Übereinstimmung der Konfliktsituationen für alle Kunstformen auch gleichartige Konfliktlösungen verlange und jeder Grund für eine Vorzugsstellung der Kunstfreiheit gegenüber anderen Formen der Geistesfreiheit fehle (aaO S. 257ff).
Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Vorzugsstellung der Kunstfreiheit gegenüber der Meinungsfreiheit aber gerade beweisbar und die Kunstfreiheit demnach nicht ein Unterfall, sondern ein Spezialfall der Meinungsfreiheit. (Vgl. auch oben S. 23ff)

2) Drews-Wacke, Allg. Polizeirecht (7. Aufl., 1961) S. 94; Dünnwald JR 1965, 46 (47); Frankenberger, Diss. S. 45f; Hamann Anm. 15 zu Art. 5 GG; Köttgen, Die Freiheit der Wissenschaft S. 312; Leisner, Schriftenreihe der UFITA 24, 61; v. Mangoldt-Klein Anm. X 6 zu Art. 5 GG; Ridder, Freiheit der Kunst S. 12; Stein JZ 1959, 721 r.Sp. (Urteilsanm.); Amtliche Begründung zu dem E eines Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften, BT-Drucksache Nr. 1101 (1. Wahlperiode, 1949); BVerwG 21.12. 54 NJW 1955, 1204; OVG Koblenz 24.3.66 DVBl 1966, 576 (578); OVG Münster 3.11.61, Börsenblatt 1962, 561 (563)

bb) Gelegentlich wird versucht, Teilbereiche der Kunstfreiheit abzuspalten und den Schranken der Meinungsfreiheit zu unterwerfen.
Wer annimmt, künstlerische Äusserung und Meinungsäusserung schlössen sich gegenseitig aus, zieht damit notwendig künstlerischen Äusserungen, bei denen die Elemente der Meinungsäusserung überwiegen, die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG.[1)]

Wer in der Veröffentlichung eines Kunstwerks regelmässig eine Meinungsäusserung erblickt, zieht dem Veröffentlichungsbereich der Kunstfreiheit dieselben Schranken.[2)]

Bedenken gegen derartige "Kunstgriffe" wurden schon an früherer Stelle vorgetragen.[3)] Zusammengefasst ist folgendes zu sagen:
Einem Kunstwerk können Elemente einer Meinungsäusserung durchaus innewohnen. Aber selbst wenn diese Elemente überwiegen, bestehen deutliche qualitative Unterschiede zwischen der künstlerischen Äusserung und der Nur - Meinungsäusserung.

Soll dagegen in der Veröffentlichung eines Kunstwerks regelmässig eine Meinungsäusserung liegen, wird der Inhalt des Grundrechts der Kunstfreiheit um einen zentralen Bereich verkürzt. Sind dem einzelnen mehrere Freiheitsrechte verfassungskräftig verbürgt, kann er sich grundsätzlich auf jedes einzelne, nicht nur auf das schwächste berufen.[4)]

cc) Soweit die Schranken der Meinungsfreiheit als auf die Kunstfreiheit nicht anwendbar erkannt werden, sind die Meinungen geteilt, welche Schranken diesem Freiheitsrecht letztlich gezogen sein sollen.
Eine verbreitete Ansicht mißt den Schranken des allgemeinen Freiheitsrechts des Art. 2 Abs. 1 GG auf Grund von dessen Stellung im Grundrechtsgefüge allgemeine Bedeutung für den gesamten Grundrechtskatalog zu. Die Schrankentrias "Rechte anderer", "verfassungsmässige Ordnung" und "Sittengesetz" soll

---

1) BVerwG 21.12.54 E 1, 303 =NJW 1955, 1203
2) OVG Münster 18.11.58 NJW 1959, 1890 (1892 r.Sp.)
3) Vgl. oben S. 26ff, 52ff
4) Vgl. Arndt, NJW 1966, 26 (28)

da Art. 2 Abs. 1 GG alle Einzelfreiheitsrechte generalklauselartig umfasse, die Einzelfreiheitsrechte mitbegrenzen.[1)]
Gleichgültig, ob man der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, die verfassungsmässige Ordnung bestehe aus den Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß seien,[2)] oder der Meinung folgt, die in der verfassungsmässigen Ordnung nur die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers - die staatliche Grundordnung - sieht,[3)] sind die Strafgesetze regelmässig Grundrechtsschranke.[4)]

Dieser Lösung wird entgegengehalten, ihre nivellierende Wirkung bedeute das Ende der differenzierten Beschränkungssystematik des Grundgesetzes.[5)] Die Schrankentrias könne nur für die aus dem Auffangrecht des Art. 2 Abs. 1 GG entspringenden unbenannten Freiheitsrechte Geltung haben, bei allen ausdrücklich genannten Freiheitsrechten trete sie sub-

---

1) Vgl. Frankenberger, Diss. S. 41; Hamann vor Art. 1 GG (S. 69f); sowie Anm. 14 zu Art. 5 GG; sowie NJW 1959, 1890 (Urteilsanm.); Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1 § 56 I 1c (S. 661); Krauss FamRZ 1959, 488; Maetzel MDR 1955, 262 (263); v. Mangoldt-Klein Anm. X 6 zu Art. 5 GG; Potrykus Anm. 19 zu § 1 GjS; Riedel aaO S. 77, R.Schilling, Lit. Jugenschutz S. 27; sowie Schmutz-und Schundgesetz Ziff. 102; Thieme-Wehrhahn aaO S. 82ff; Wernicke in BK Anm. II 1b zu Art. 2 GG.
Die neuere strafrechtliche Rspr. und Lit. differenziert weiter und ist nicht hierher zu zählen. Schmidt (GA 1966, 97 (102ff)) begrenzt die Kunstfreiheit darüberhinaus aus Art. 1 I, 5 II, 5 III 2 GG.

2) BVerfG 16.1.57 (Elfes-Urteil) E 6, 32 = NJW 1957, 297 = JZ 1957, 167 = DVBl 1957, 200 = DÖV 1957, 116 = Verw.Rspr.9,261

3) Giese (4. Aufl., 1955) Anm. 3 zu Art. 2 GG; Erbel aaO S.121; Hamann Anm. 6 zu Art. 2 GG; v.Mangoldt-Klein Anm. IV 2a zu Art. 2 GG; Maunz-Dürig Anm. 17-19 zu Art. 2 I GG; Ropertz S. 136ff; Wernicke in BK Anm. 2c zu Art. 9 GG

4) Maunz-Dürig Anm. 69 zu Art. 2 I GG;Ropertz S. 140; vgl. auch Potrykus Anm. 19 zu § 1 GjS; Wernicke in BK Anm. 2c zu Art. 9 GG

5) Dürig JZ 1957, 173 (Urteilsanm.); Knies aaO S. 85ff (91); Maunz-Dürig Anm. 69 zu Art. 2 I GG; Ott NJW 1963, 618; Zeidler NJW 1954, 1068; BVerwG 15.12.53 E 1, 48 (51); OVG Koblenz 24.3.66 DVBl 1966, 576 (579)

sidiär zurück.[1]

dd) Weitere verfassungsunmittelbare Schranken, die der Kunstfreiheit gezogen sein könnten, sind nicht ersichtlich.[2] Darüberhinaus sind jedoch Schranken denkbar, die dem Freiheitsrecht immanent sind.
Dieser Einsicht trägt eine neuerdings im Vordringen begriffene Lehre dadurch Rechnung, daß sie dem Art. 2 Abs. 1 GG eine Doppelbedeutung, einmal als subjektives Auffangrecht aller unbenannten Freiheitsrechte, zum andern als objektivrechtliche Auslegungsregel zur Interpretation des Sinngehalts anderer Grundrechte beimisst. Der "Soweit"-Satz des Art. 2 Abs. 1 GG wird dadurch zum Auslegungsmaßstab für die Interpretation immanenter Schranken anderer Grundrechte.[3]
Vom Ergebnis her betrachtet gleicht diese Lösung bis in die Einzelheiten der zuvor genannten, alle Grundrechte unmittelbar der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG unterwerfenden Auffassung. Wiederum sind die Verbotsnormen des Strafrechts Grundrechtsschranken.[4]
Auch diese Meinung steht im Verdacht, vom Verfassungsgesetzgeber beabsichtigte Unterschiede in der Beschränkung der einzelnen Grundrechte einzuebnen. Zumindest werden solche Abstufungen nicht mehr berücksichtigt, die durch Verzicht auf ausdrücklich formulierte Freiheitsschranken ausgedrückt sind.[5]

---

1) Dünnwald JR 1965, 47f; v.Mangoldt-Klein Vorb. B XV 3a; Maunz, Staatsrecht S. 104; Woesner NJW 1966, 1731; vgl. auch BVerfG 16.1.57 E 6, 32 (37)

2) Indiz für das Fehlen verfassungsunmittelbarer Schranken ist auch der Antrag Probst, Süsterhenn und Gen. vom 12.5.1965 an den Bundestag, dem Art. 5 Abs. 3 Satz 2 folgende Fassung zu geben:" Diese Freiheit entbindet nicht von der Treue zur Verfassung und gilt im Rahmen der allgemeinen sittlichen Ordnung (vgl. Bundestagsdrucksache Nr. 3399, 4.Wahlperiode).

3) Dürig JZ 1957, 173 (Urteilsanm.); Maunz-Dürig Anm. 69ff (71, 72) zu Art. 2 I GG; sich anschliessend Burrack, Diss. S. 75; Erbel aaO S. 120ff; OVG Koblenz 24.3.66 DVBl 1966,576 (579)

4) Vgl. Maunz-Dürig Anm. 73ff (76) zu Art. 2 I GG

5) Der Versicherung Erbels (aaO S.120), diese Lösung durchkreuze nicht die differenzierte Schrankenregelung der Einzelfreiheitsrechte, könnte nur geglaubt werden, wenn nach seiner Meinung bei der Schrankenfindung auch der Umstand ausdrücklich fehlender Grundrechtsschranken Berücksichtigung finden müsste. Gerade dies soll aber nicht der Fall sein (vgl. aaO S.115) Vgl. auch Knies aaO S. 103 ff (110)

ee) Auch das Bundesverwaltungsgericht erkennt, daß der Kunstfreiheit ausdrückliche Schranken von der Verfassung nicht gezogen sind. Dies bedeute jedoch nicht, daß die Freiheit der Kunst schrankenlos sei. Vielmehr dürfe ein Grundrecht dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch andere verletzt, oder Güter, die für den Bestand der Gemeinschaft notwendig seien, gefährdet würden.[1)]

Damit haben der Kunstfreiheit immanente Schranken eine Formulierung gefunden. Einzelfälle, in denen diese "Gemeinschaftsklausel"[2)] zum Tragen kommt, werden indes nicht deutlich. Immerhin soll das "Sittengesetz" zu den genannten Gütern gehören, womit der Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG angesprochen ist.[3)] Konkreter wird das sich dieser Schrankenziehung anschliessende OVG Münster,[4)] das in der Gemeinschaftsklausel eine Berufung auf die "ethische Grundordnung" sieht, zu der es die Strafgesetze zählt. Der Gemeinschaftsklausel wird zum Vorwurf gemacht, sie sei so vage, daß sie jeder Mißbrauchsgefahr Tür und Tor öffne.[5)] Auch sei sie aus der Verfassung selbst, oder aus der Verfassung vorausliegenden Normen niemals begründet worden und wirke daher, trotz ihrer ständigen Wiederholung"so frei erfunden wie am ersten Tag."[6)]

---

1) BVerwG 21.12.54 NJW 1955, 1203 (1204r.Sp) unter Berufung auf v. Mangoldt (1953) Anm. 8 zu Art. 5 GG (!) Sich anschliessend Berthold - v. Hartlieb, Filmrecht S. 240ff; Drews-Wacke, Allg. Polizeirecht S. 95

2) Vgl. Bachof JZ 1957, 337 (Rspr.Bericht)

3) Vgl. die spätere direkte Anwendung dieses Vorbehalts in BVerwG 5.12.58 E 7, 358 (361).

4) 3.11.61 Börsenblatt 1962, 561 (565 r.Sp.); vgl. auch 4.3.63 DÖV 1963, 764 (765)

5) Bachof JZ 1957, 337 (Rspr. Bericht); Knies aaO S. 93ff

6) Maunz-Dürig Anm. 70 zu Art. 2 I GG

ff) Nach einer anderen Auffassung sollen die "allgemeinen Gesetze" immanente Schranken der Kunstfreiheit sein.[1] Eine solche Schrankenziehung entgeht zwar dem Vorwurf der Unbestimmtheit, übersieht aber, daß einem ausdrücklich unbeschränkt gewährleisteten Freiheitsrecht niemals so enge Schranken, wie sie die allgemeinen Gesetze darstellen, gezogen sein können.

b) Die Strafgesetze als relative Grundrechtsschranken

aa) Nach den bisher geschilderten Schrankenziehungsversuchen wäre das Grundrecht der Kunstfreiheit ohne Einfluß auf die strafrechtliche Behandlung künstlerischer Werke.

Neuerdings hat sich jedoch eine strafrechtliche Rechtsprechung herausgebildet,[2] der auch teilweise die Literatur gefolgt ist,[3] nach der die Strafgesetze nurmehr relative Schranken für die Kunstfreiheit sind.

Ausgehend von der Prämisse, daß die Freiheit der Kunst keine schrankenlose ist, sondern dem Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG und damit der Beschränkung durch Strafgesetze unterliegt, misst diese Meinung der "Freiheit der Kunst im freiheitlich demokratischen Staat" eine spürbare Wirkung auf die Strafrechtsschranken zu. Zwar sei die Kunst kein absoluter Höchstwert, dem die anderen Gemeinschaftswerte unterzuordnen seien, aber auch das lediglich einen Wert unter anderen schützende Freiheitsrecht wirke in die es beschränkenden Strafgesetze hinein, indem es diese selbst wieder einschränke. Grundrecht und Strafgesetz stünden in wechselseitiger Beschränkung.[4]

---

1) Geiger, Leibholz-Festschrift Bd. 2 S.187 (196ff); vgl. auch Zeising, Diss. S. 132ff (136) (allg. Strafgesetze)

2) BGH 23.6.61 GA 1961,240 =UFITA 38, 181; LG Hamburg 31.7. 62 NJW 1963, 675; Vfg.d.StA Augsburg v.19.12.62 abgedruckt in: Der obszöne Figaro, Sonderheft der "Vorgänge", München 1963, S. 92; BayObLG 22.1.64 NJW 1964, 1149 = GA 1964, 208 = JR 1964, 188; OLG Düsseldorf 25.3.65 FamRZ 1965, 459 (= Film und Recht 1965, 190)

3) Buchholz, Wann ist Kunst unzüchtig? in: Sexualität und Verbrechen S. 326 (334); Leiss NJW 1962, 2323; Maurach BT § 47 II A 2 (S. 371)

4) Vgl. Maurach BT § 47 II A 2 (S. 371)

Vorbild für diese Lösung ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis Meinungs- bzw. Pressefreiheit - allgemeine Gesetze.[1)]
Dort wird ausgeführt, eine einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die allgemeinen Gesetze finde nicht statt, vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzten, ihrerseits aber selbst wieder eingeschränkt würden.

Den Unsicherheiten einer derartigen Interessenabwägung[2)] sucht die strafrechtliche Lösung zwar Rechnung zu tragen, nicht übersehen werden kann jedoch, daß hier Grundsätze, die hinsichtlich der Beschränkung eines unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze stehenden Grundrechts entwickelt wurden, ohne entsprechende Modifikation auf ein unmittelbar unbeschränkbares Grundrecht übertragen werden, abgesehen davon, daß dogmatisch richtig immanente Schranken des Freiheitsrechts hätten aufgesucht werden müssen.[3)]

bb) Einen neuen Weg, die Strafgesetze als Grundrechtsschranken zu relativieren, schlägt Ropertz vor. Ausgehend von seinem Ansatz, daß die Strafgesetze immanente Schranken der Kunstfreiheit seien, glaubt er zwischen unmittelbarem Verfassungsvorbehalt und immanenten Grundrechtsschranken qualitative Unterschiede feststellen zu können.

Im Gegensatz zu den unmittelbaren Schranken stelle ein Überschreiten immanenter Schranken - die zur besseren Unterscheidung als "Grenzen" bezeichnet werden - nicht in allen Fällen eine unzulässige Rechtsausübung dar, welche die Berufung auf das Freiheitsrecht verschliesse. Vielmehr seien Handlungen, die über die Grundrechtsgrenzen hinausreichten, lediglich ein Handeln ohne Recht, das unter bestimmten Voraussetzungen die Berufung auf das Freiheitsrecht durchaus

---

1) BVerfG 15.1.58 (Lüth-Urteil) E 7, 198 = NJW 1958, 257 = JZ 1958, 119 = DÖV 1958, 153; 25.1.61 E 12, 113 (124) = NJW 1961, 819; 5.8.66 (Spiegel-Teilurt.) E 20, 162 = NJW 1966, 1603 = DÖV 1966, 640 = DRiZ 1966, 317 = DVBl 1966, 684 (Auszug) = JZ 1966, 609

2) Bemängelt auch von Woesner NJW 1966, 1729 (1731)

3) So auch Schönke-Schröder Anm. 6 zu § 184 StGB

zuliesse. Erst wenn die Wirksamkeit einer Handlung so groß sei, daß sie den "Bestand der Gemeinschaft" störe, solle eine Berufung auf das Freiheitsrecht ausgeschlossen sein.
Bei der Kunstfreiheit hänge die "Wirksamkeit der Handlung" von der Art der Veröffentlichung des Kunstwerks ab. Entscheidend sei, welchen Kreis unkritischer Öffentlichkeit die Äusserung erreiche. In dem Maße, in dem ein Kunstwerk "öffentlichkeitsbezogen" sei, sei die Berufung auf das Freiheitsrecht ausgeschlossen.[1)]

Bei näherem Zusehen führen diese Überlegungen jedoch keineswegs zur beabsichtigten Relativierung der Strafrechtsschranken. Mit dem Kriterium der "Öffentlichkeitsbezogenheit" erfahren lediglich einige - in der strafrechtlichen Beurteilung unzüchtiger Werke schon bislang berücksichtigte - Umstände eine gewisse verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Ansatzpunkte, die Strafrechtsschranken weitergehend zurückzudrängen, werden jedoch nicht sichtbar. Einem unbeschränkt gewährleisteten Freiheitsrecht wie der Kunstfreiheit können aber so enge Schranken, wie sie die Strafrechtsnormen darstellen, nicht immanent sein.

cc) Nach einer von Dünnwald vorgeschlagenen Lösung[2)] gewährleistet Art. 5 Abs. 3 GG die Veröffentlichung eines Kunstwerks, soweit sie sozial adäquat ist. Sein rein zweckhaft vom Strafrecht aus unternommener Schrankenziehungsversuch findet aber seine verfassungsrechtliche Begründung schwerlich in der Berufung auf die Leitnorm der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), die angeblich auch die inneren Grenzen der Kunstfreiheit bezeichnen soll.

Eine den Begriff der Sozialadäquanz enthaltende Formel ist zwar beweglich genug, um den der Kunst verfassungsrechtlich zukommenden Freiheitsbereich umschreiben zu können, Dünnwald gibt ihr aber einen, an überkommenen Lösungen haftenden, zu engen Inhalt, der darüberhinaus - indem wichtige Unterscheidungen nach dem Adressatenkreis eines Kunstwerks

---

1) aaO S. 123, 150-155

2) JR 1965, 46 (50); GA 1967, 33 (40)

getroffen werden sollen - nicht nur durch die Privilegierung einzelner Gesellschaftsschichten Grundprinzipien der Gesellschaft im demokratischen Rechtsstaat zuwiderläuft, sondern auch dem Gleichheitssatz der Verfassung zu widersprechen scheint, indem den einzelnen künstlerischen Medien unterschiedliche Betätigungsmöglichkeiten zuerkannt werden.[1)]

dd) Wie sind nun aber die Schranken der Kunstfreiheit in Wirklichkeit zu ziehen ?
Zweifel über die Notwendigkeit einer Schrankenziehung dürften nicht bestehen.[2)] Ein schrankenloses Freiheitsrecht ist eine rechtsphilosophische wie soziologische Unmöglichkeit.[3)] Tatsächlich wird auch nur selten für den absoluten Charakter der Kunstfreiheit eindeutig Stellung genommen.[4)] Vielfach ruft den Anschein einer solchen Meinung

---

1) Vgl. v. Hartlieb, Unzüchtige Kunst ? in: Film und Recht 1965, 200 (205)

2) Übereinstimmend: Düwel aaO S. 51; Erbel aaO S. 103f; Geiger aaO S. 196; Knies aaO S. 30ff; Maunz-Dürig Anm. 69, 70 zu Art. 2 I GG; Ridder, Freiheit der Kunst S. 12

3) Dies gilt auch in bezug auf alle anderen Grundrechte ohne ausdrücklichen Beschränkungsvorbehalt wie z.B. Art. 3, Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 7 Abs. 2, Art. 8 (bezüglich Versammlungen in geschlossenen Räumen), Art. 9, Art. 12 (hinsichtlich der Freiheit der Berufswahl), Art. 17. Nach einer verbreiteten Meinung sollen diese Grundrechte allerdings durch den allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 bzw. an der Schrankentrias orientierte Schranken beschränkt sein (vgl. v. Mangoldt-Klein Anm. III 5b zu Art. 4; Anm. IV 5b zu Art. 7; Anm. IV 1, 3 zu Art.8; Anm. IV 2 zu Art. 9; Anm. V 3 zu Art. 12; Anm. V 1 zu Art. 17; Maunz-Dürig Anm. 69ff zu Art. 2 Abs. 1 GG; BK Anm. 90ff zu Art. 9; Zippelius in BK Anm. 65 zu Art. 4)

4) Bauer JZ 1965, 47; sowie JZ 1967, 168 (Urteilsanm.); Copic JZ 1963, 494 (496, Fußnote 15); Dietze, Über Formulierung der Menschenrechte S. 83f; Ott NJW 1963, 617f, anders aber NJW 1964, 1149 (Urteilsanm.).

nur eine wenig deutliche Formulierung hervor.[1]

An Voraussetzungen zur Schrankenziehung ergeben sich:
Die der Kunstfreiheit gezogenen Schranken sind dem Freiheitsrecht immanente Schranken.
Die sich aus dem Begriff des gewährleisteten Objekts ergebenden Schranken stellen nur eine Teilkomponente der dem Freiheitsrecht insgesamt gezogenen Schranken dar.[2]
Da in Art. 5 Abs. 3 GG dem einzelnen mit der Gewährleistung freier künstlerischer Betätigung eine Einwirkungsmöglichkeit auf Dritte und die Gemeinschaft eingeräumt ist, tragen die dem Freiheitsrecht innewohnenden Schranken darüberhinaus sozialen Charakter. Allein diese interessieren im folgenden.
Insoweit sind aber Schranken ausschliesslich dem Veröffentlichungsbereich der Norm gezogen, da der Schaffensbereich, als Auseinandersetzung des Künstlers mit sich selbst, Gemeinschaftsbelange nicht tangiert.[3]
Da der Verfassungsgesetzgeber die Kunstfreiheit ohne verfassungsunmittelbare Schranken gewährleistet hat, zeigt, daß dem Freiheitsrecht nur äusserste Schranken gezogen sein sollen.[4]
Seine stärksten Wirkungen vermag das Freiheitsrecht des Art. 5 Abs. 3 GG nur dann zu entfalten,[5] wenn sowohl der Begriff des gewährleisteten Objekts freiheitlich bestimmt, als auch

---

1) Vgl. z.B. Dünnwald JR 1965, 46 (48); sowie GA 1967, 33 (40); Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 1 zu § 1 GjS; Hamann Anm. 13 zu Art. 5 GG; Köttgen aaO S. 313 Fußnote 63; Leisner, Schriftenreihe der UFITA 24, 59 (61)v. Mangoldt-Klein Anm. X 6 zu Art. 5 GG

2) Dünnwald (JR 1965, 48) sieht darin (im Widerspruch zu seiner oben S. 65 wiedergegebenen Meinung) die einzigen Schranken der Kunstfreiheit. Dagegen hält Erbel (aaO S. 116) die sich aus dem Begriff des gewährleisteten Objekts ergebenden Schranken zur Schrankenziehung überhaupt ungeeignet, weil dadurch unzulässigerweise begriffliche Schutzgegenstandsgrenzen in Freiheitsschutzschranken umgedeutet würden. Eine sachliche Schrankenkomponente ist jedoch notwendig vorhanden. (Vgl. v. Mangoldt-Klein Vorb.B XV 2a (s.124)

3) Vgl. Dietze aaO S. 86

4) Den Umstand fehlender verfassungsunmittelbarer Schranken berücksichtigen bei der Schrankenziehung:Krauss FamRZ 59, 488; Wernicke in BK Anm. 3c zu Art.5 GG; Maunz-Dürig Anm. 69 zu Art. 2 I GG. Gegen eine Berücksichtigung dieses Umstands Erbel aaO S. 115

5) Vgl. insoweit BVerfG 17.1.57 E 6, 55 (72)

die sozialen Schranken freiheitlich gezogen werden. Keinesfalls stehen sachliche und soziale Schranken des Freiheitsrechts in einem reziproken Verhältnis.[1)]

Erkennen lassen sich die der Kunstfreiheit immanenten sozialen Schranken letztlich aus dem - in induktiver Zusammenschau der verfassungsrechtlichen Bindungsnormen sichtbaren - Spannungsverhältnis, in dem das Individuum zum anderen und zur Gemeinschaft steht.[2)]

Gleichgültig, welcher Formel man sich zur Charakterisierung dieses Verhältnisses bedient, ob man die Gemeinschaftsklauseln des Bundesverwaltungsgerichts[3)] oder Bundesverfassungsgerichts[4)] zum Ausgangspunkt nimmt, oder eine Formulierung im Anschluß an die Lehre der in der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG enthaltenen Auslegungsregel[5)] sucht, stets muß man sich bewusst bleiben, daß dem Grundrecht der Kunstfreiheit, gerade weil es keine ausdrücklich formulierten Schranken aufweist, nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers nur äusserste Schranken gezogen sein sollen.

Durch seine umfassende Freistellung erfährt das Grundrecht der Kunstfreiheit eine derart hohe Bewertung, daß es nicht schon dann, wenn das Recht eines einzelnen berührt wird, sondern allenfalls dann, wenn besonders wichtige Güter der Gemeinschaft es zwingend erfordern, nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Unter besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern sind nur solche zu verstehen, die alle anderen deshalb überragen, weil sie für den Bestand der Gemeinschaft lebensnotwendig sind, nicht aber schon solche, die sich bei näherem Zusehen lediglich als Rechtsgüter des einzelnen erweisen.

---

1) In diesem Sinne aber Bachof JZ 1957, 339 (Rechtsprechungsbericht);Dünnwald GA 1967, 33 (40); v. Hartlieb, Schriftenreihe der UFITA 15, 42; sowie Film und Recht 1965, 200; Krauss FamRZ 1960, 56 (57); typisch auch der weitgefasste Kunstwerkbegriff und die enggezogenen (soz.) Schranken bei A. Schmidt (GA 1966, 97ff) und bei Erbel(aaO S. 93f und S. 121f); obwohl letzterer Zusammenhänge zwischen Kunstwerkbegriff und Schranken ausdrücklich leugnet (vgl. S. 42 Anm. 3). Im Sinne des Textes dagegen Knies aaO S. 112ff. Im übrigen vgl. oben S. 16f.

2) Vgl. BVerfG 20.7.54 E 4, 7 (15f)

3) Vgl. oben S. 62

4) Vgl. Anm. 3; sowie BVerfG 11.6.58 (Apotheken-Urteil) E 7, 377= NJW 1958, 1035=JZ 1958,472=DÖV 1958,538=DVBl 1958,500

5) Vgl. oben S. 61

Sind einem Grundrecht nur äusserste Schranken gezogen, sind diese Schranken darüberhinaus niemals starr. Ein grösstmöglicher Freiheitsbereich ist nur dann gewährleistet, wenn die Notwendigkeit einer Beschränkung im Einzelfall abgewogen, eine unumgängliche Beschränkung aber in der am wenigsten einschneidenden Form vorgenommen wird.

Daß die Strafgesetze unter diesen Umständen nicht absolute Grundrechtsschranken sein können, bedarf keiner besonderen Begründung.

Inwieweit im Einzelfall weiterhin eine Strafbarkeit möglich ist, beantwortet sich danach, ob und in welchem Umfang das verletzte Strafgesetz den Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter bezweckt, und ob seine Verletzung darüberhinaus in unerträglicher Weise geschah.

Im Konfliktsfalle schränkt also das Grundrecht der Kunstfreiheit den Bereich der Strafbarkeit auf ein unverzichtbares Minimum ein.

Teil B: Die bisherige Behandlung künstlerischer Werke im Strafrecht

Es hat sich gezeigt, daß Kunstwerke im verfassungsrechtlichen Sinne straftatbestandserfüllend sein können, die Veröffentlichung derartiger Werke aber nicht regelmässig zu einer Bestrafung führen muß, da sich der Betroffene, solange er mit seiner Handlung nicht besonders wichtige, strafrechtlich geschützte Gemeinschaftsgüter in unerträglicher Weise angreift, auf das Grundrecht der Kunstfreiheit berufen kann.

Ehe nun zu beantworten versucht wird, wann im Einzelfall, und in welchem Umfang die verfassungsrechtliche Freiheitsnorm strafrechtliche Verbotsnormen verdrängt - Kunstwerke also strafrechtlich unbehelligt verbreitet werden können - und wie dieser Konflikt strafrechtsdogmatisch zu lösen ist, soll geprüft werden, welche Behandlung strafrechtliche Literatur und Rechtsprechung Werken, denen heute verfassungsrechtliche Kunstwerkeigenschaft zukommt, bislang zuteil werden liessen. Denn nur an dem insoweit sichtbar werdenden "strafrechtlichen Freiheitsbereich" lässt sich ablesen, ob und in welchem Umfang seine Erweiterung verfassungsrechtlich gefordert ist. Möglicherweise zeigen sich darüberhinaus auch Ansatzpunkte für eine praktikable Lösung.

Normen des Strafrechts, mit denen Kunstwerke im verfassungsrechtlichen Sinn vornehmlich in Konflikt geraten können,[1] und auf die sich der folgende Überblick beschränken soll, sind insbesondere das Verbot der Verbreitung unzüchtiger Schriften (§ 184 Abs. 1 Ziffer 1 und 1a StGB), die Straftatbestände der Beleidigung (§§ 185ff StGB), aber auch die Normen zum Schutz der staatlichen Ordnung.[2] Die Religionsvergehen (§§ 166ff StGB) finden im Anschluß Berücksichtigung. Ihre Erörterung leitet unmittelbar zu der vorzuschlagenden Lösung über.[3]

---

1) Grundsätzlich lassen sich alle Tatbestände, die das Herstellen oder (und) Verbreiten geistiger Erzeugnisse unter gewissen Voraussetzungen unter Strafe stellen, auch durch künstlerische Äusserungen begehbar denken.(vgl.Erbel aaO S. 143f)

2) §§ 86, 86a, 90, 90a, 90b

3) Vgl. unten Teil C S. 101ff

I Verbreitung unzüchtiger Schriften

Bei der Durchsicht einschlägiger Literatur und Rechtsprechung fällt auf, daß wechselnde verfassungsrechtliche Vorzeichen zu einer unterschiedlichen Behandlung von Kunstwerken in ihrem Konflikt mit § 184 Abs. 1 Ziff. 1 und 1a StGB[1] niemals geführt haben.[2] Vielmehr findet sich zu jeder Zeit der ausdrückliche Hinweis, daß die Kunst nicht das Recht habe, Unzüchtigkeiten zu bieten.[3]

Dies bedeutet, daß der Bereich, in dem Kunstwerke unbehelligt verbreitet werden können, - verfassungsrechtlich unbeeinflusst - allein vom Strafrecht bestimmt gesehen wird. Um diesen Bereich zu erkennen, muß daher zunächst auf den Begriff des Unzüchtigen eingegangen werden, denn nur nicht unzüchtige Werke bleiben ohne Strafrechtsfolgen. Dem Unzüchtigkeitsbegriff kann durchaus eine Fassung gegeben sein, die Kunstwerke begünstigt, vielleicht sogar ausschliesslich privilegiert.

Im Anschluß soll dann von Umständen die Rede sein, die nach Meinung von Literatur und Rechtsprechung einem unzüchtigen Werk dieses Prädikat nehmen können. Denn ebenso wie nicht unzüchtige Werke unter bestimmten Voraussetzungen zu unzüchtigen werden,[4] sollen umgekehrt unzüchtige Werke unter bestimmten Umständen diese Eigenschaft verlieren. Auch insoweit ist denkbar, daß derartige Umstände allein bei Kunstwerken Berücksichtigung finden, Kunstwerke also eine "Sonderbehandlung" erfahren. Jede Sonderbehandlung ist aber ein Ansatz zur Verwirklichung der Freiheit der Kunst im Strafrecht.

---

1) Neu gefasst durch das Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24.5.1968, BGBl I S. 503

2) Von der jüngsten Entwicklung einmal abgesehen, vgl. unten S. 87ff

3) Vgl. z.B. RG 15.5.14 JW 1914, 886 Ziff. 7; Roth, Diss. (1928) S. 27; v. Hippel, LB (1932) S. 232 Anm. 1; Peters, Der Begriff des Unzüchtigen in § 184 Abs. 1 StGB in: JR 1950, 97 (98 1.Sp.)

4) Sog. relative Unzüchtigkeit, vgl. Binding, Gutachten ZStW 2, 450 (468); LB I S. 216; Lazarus, Das Unzüchtige und die Kunst S. 81ff; RGSt 27, 114

Schliesslich soll auch der jüngste - verfassungsrechtlich motivierte - Versuch, den strafrechtlichen Freiheitsbereich für Kunstwerke zu erweitern, Gegenstand kritischer Betrachtung sein.

1) Der Begriff der Unzüchtigkeit

Über den Begriff des Unzüchtigen herrscht im einzelnen Streit. Die Gerichte umschreiben in ständiger Rechtsprechung den Begriff mit der Formel: " geeignet, das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Hinsicht zu verletzen".[1] Besondere Betonung findet, - auch

---

1) Vgl. RG 15.1.91 E 21,306; 6.11.93 E 24, 365; 10.1.95 E 26, 370 (373); 16.10.96 E 29, 133 (134f); 10.12.97 E 30, 378 (379); 20.9.98 E 31, 260 (261); 24.11.99 E 32, 418 (419); 7./18.12.99 E 33, 17 (18); 21.2.02 E 35, 133 (135); 25.10.04 JW 1906, 244 Nr.14; 24.11.04 E 37, 315 (316); 23.4.06 JW 1906, 606 Nr.10 9.7.07 JW 1908, 160 Nr. 18; 27.9.07 Recht 1907, 1339; 14.4.08 JW 1908, 574 Nr. 26; 14.5.09 JW 1909, 511 Nr. 5a; 28.5.09 JW 1909, 512 Nr. 6; 4.6.09 JW 1909, 512 Nr. 5b; 19.4.10 JW 1910, 672 Nr. 11; 15.12.10 E 44, 178; 6.2.11 JW 1911, 500 = Goltd. Arch. Bd. 59, 128; 19.9.13 JW 1914, 366 Nr. 8; 10.2.14 LZ 1914, 587 Nr. 16; 24.2.14 LZ 1914, 778 Nr. 21; 6.4.14 E 48, 230 (231); 15.5.14 JW 1914, 886 Nr. 7 = LZ 1914, 1384 Nr. 17; 13.10.21 E 56, 175 (176); 2.12.21 LZ 1922, 164 Nr. 4; 5.6.23 E 57, 309 (310); 11.1.27 DRiZ 1927, Rspr. S. 54 Nr. 158; 10.5.27 E 61, 293 (296);

OLG Oldenburg 27.2.51 JR 1952, 113; OLG Neustadt 17.10.51 JR 1952, 287; BGH 18.11.52 E 3, 295 (296) = MDR 1953, 117 = NJW 1953, 114; OLG Celle 15.4.53 NJW 1953, 1317; BGH 15.12.53 FamRZ 1954, 49; 16.2.54 E 5, 346 (347) = NJW 1954, 520; OLG Celle 2.11.55 Nds.Rpfl. 1956, 99; OLG Neustadt 20.7.60 GA 1961, 185; LG Saarbrücken 15.12.62 NJW 1963, 1071 (1072); LG Hamburg 26.11.63 NJW 1964, 559 = JR 1964, 151; BGH 23.3.65 NJW 1965, 983 = JZ 1965, 490

in der insoweit übereinstimmenden Literatur[1] - daß die Eignung zur Verletzung objektiv zum Ausdruck kommen müsse.[2]

Was unter dem Scham- und Sittlichkeitsgefühl und seiner Verletzung zu verstehen ist, wird indes selten deutlich.

Wenn das OLG Celle bemerkt, es werde sich kaum ein vernünftiger Mensch finden, der sich nicht schämte, wenn man ihn beim Betrachten bzw. Lesen unzüchtiger Stellen beobachtete,[3] ist damit nur eine Seite des gekennzeichneten Phänomens angesprochen.
Allgemein lässt sich das Schamgefühl als unwillkürliche, instinktive seelische Reaktion bezeichnen, die zu einem Unlustempfinden führt. Dieses Unlustempfinden ist auf verschiedene Weise hervorzurufen. Einmal dadurch, daß ein Teil des menschlichen Ichs gegen seinen Wunsch offenbart wird.[4] Dieses - auch vom OLG Celle angesprochene - Gefühl des aktuellen "Sichschämens" entspringt aus dem menschlichen Bedürfnis, "einen Mangel der eigenen Person zu verheimlichen und vor dem Blick anderer Menschen zu bewahren" und wird auch als "Depression des Selbstbewusstseins" bezeichnet.[5] (Ob auch schon der latente, auf Vermeidung einer derartigen "Mißoffenbarung"[6] gerichtete

---

1) Vgl. Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 2a zu § 184 StGB; Dannenbaum, Unzüchtige Schriften in: ZStW 34, 811 (815); Glang MDR 1955, 456; Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten S. 106; Kohlrausch-Lange Anm. 3 zu § 184 StGB; Lazarus, Das Unzüchtige und die Kunst S. 36, 53ff; Maurach, BT, § 50 V B 1b (S.430f); Niethammer, Lehrbuch S. 189; Olshausen Anm. 2 zu § 184 StGB; Peters, Der Begriff des Unzüchtigen in: JR 1950, 97 (99 r.Sp.); Aktaufnahmen von Kindern und Jugendlichen in: JZ 1953, 207 (210); Roth, Diss. S. 24; Sauer, System des Strafrechts S. 425; Schwarz-Dreher Anm. 1 A zu § 184 StGB; so auch die Rechtslage in England, vgl. Schwinge in FS für Hellmuth v. Weber S. 293 (302) und der Schweiz, vgl. Gerber, Kriminalistik 1967, 380; zur weiteren internat. Rechtslage vgl. Zirn in Mat. zur Strafrechtsreform Bd. 2 Teil II S. 185 (189)

2) Der obj. Sinn i-st dabei nötigenfalls durch Auslegung zu ermitteln.

3) Nds. Rpfl. 1956, 99

4) Jäger aaO S. 98; Lazarus aaO S. 19ff; Roth, Diss. S. 25

5) Jäger aaO S. 98

6) Begriff von Lazarus aaO S. 22

Seelenzustand insoweit als Schamgefühl bezeichnet werden kann, wie Roth[1] meint, muß indes bezweifelt werden.)

Aber nicht nur Offenbarwerden eigener Handlung, sondern auch fremdes Tun kann eine Unlustempfindung hervorrufen. Diese geht über das bloße "Sich-schämen" für andere, das ein entsprechendes Verantwortungsgefühl voraussetzt, hinaus und wird nur dann ausgelöst, wenn die Handlung des Dritten auf sexuellem Gebiet liegt. Dieser Vorgang wird gewöhnlich als "Schamverletzung" bezeichnet.[2] Verletzung des Schamgefühls ist also gleichbedeutend mit Erregung des Schamgefühls. Daß nur eine Handlung mit sexuellem Bezug schamverletzend sein kann, wird mit der "sexuellen Anrührbarkeit", dem "Betroffensein" des einzelnen und damit letztlich wieder mit der Furcht von Selbstpreisgabe erklärt.[3]

Zweifelhaft ist, ob sich von einer Verletzung des Schamgefühls eine solche des stets mitgenannten Sittlichkeitsgefühls unterscheiden lässt.
Wenn Jäger sagt, eine Verletzung des Schamgefühls setze einen sittlichen Verstoß nicht notwendig voraus, während es umgekehrt Verletzungen des Sittlichkeitsgefühls gäbe, die das Schamgefühl gänzlich unberührt liessen,[4] ist dies nur so zu verstehen, daß mit der Verletzung des Schamgefühls eine individuelle seelische Reaktion, mit der Verletzung des Sittlichkeitsgefühls aber das Ergebnis einer abstrakten, an den Normen des Sittengesetzes ausgerichteten Schlußfolgerung bezeichnet werden soll. Erst dadurch, daß das Sittlichkeitsgefühl mitgenannt ist, erhält die von der herrschenden Lehre gebrauchte Formel objektive Züge.

Das Bestreben, die Formel zu verobjektivieren, drückt sich auch in der Charakterisierung der Person aus, die eine Verletzung des Scham- und Sittlichkeitsgefühls maßgeblich soll feststellen können.

---

1) Diss S. 25

2) Jäger aaO S. 99; Lazarus aaO S. 22; Roth, Diss.S. 25; Zirn aaO S. 189

3) Jäger aaO S. 99f; Burrack, Diss. S. 27

4) aaO S. 100; a.A. RG 24.2.14 LZ 1914, 778 Nr. 21

Es ist die Rede von dem dem abendländischen Kultur- und Zivilisationskreis angehörenden[1] Normalmenschen,[2] dem Durchschnittsmenschen[3] bzw. - leser[4] und unbefangenen Dritten,[5] oder von einer Person, die gesitteten Volkskreisen,[6] den Schichten der gesitteten Bevölkerung,[7] der Allgemeinheit,[8] Gesamtheit[9] oder Gesellschaft[10] entstamme.

Das normale Empfinden,[11] normale Schamgefühl[12] oder gesunde Durchschnittsempfinden[13] dieser durchschnittlich gebildeten[14], geschlechts-, alters-, klassen-, berufs-, religions- und weltanschauungslosen Person[15] soll den Ausschlag geben.

Die Ansichten dieser Person sind im Konfliktsfall auch mittelbare Entscheidungen darüber, inwieweit künstlerische Werke strafrechtlich unbehelligt verbreitet werden dürfen. Daß künstlerische Werke insoweit nicht privilegiert sind, bedarf keines weiteren Nachweises.

---

1) Peters JR 1950, 97; vgl. auch Leiss NJW 1962,2323 (2326)

2) Frank Anm. I zu § 184 StGB; Lazarus aaO S. 105; Mezger LK Anm. 3 zu § 184 StGB; Roth, Diss. S. 34; RGSt 26, 370 (373); 56, 175 (176)

3) Maurach, BT, § 50 I C 1 (S. 405) und § 50 V B 1b (S.431); Peters JR 1950 97 (r.Sp.)

4) BGH FamRZ 1954, 49

5) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 2a; Frank Anm. I; Schwarz-Dreher Anm. 1 A c jeweils zu § 184 StGB

6) RG JW 1914, 886 Nr. 7

7) RG JW 1911, 500 = Goltd. Arch. Bd. 59, 128

8) Lazarus aaO S. 44

9) RG JW 1908, 160 Nr. 18; RGSt 32, 418 (419); BGHSt 3, 295 (296); 11, 67 (72)

10) Jellinek, Verwaltungsrecht S. 136

11) Kitzinger, Grundrechte II S. 449 (469); RG DRiZ 1927, Rspr. S. 54 Nr. 158

12) RGSt 37, 315

13) Kohlrausch-Lange Anm. 3 zu § 184 StGB; Sauer, System, S. 419; RGSt 44, 178 (179); BGHSt 11, 67 (72)

14) Lazarus aaO S. 106f, 110; Roth, Diss. S. 34

15) Buchholz, Wann ist Kunst unzüchtig? in: Sexualität und Verbrechen S. 326 (327)

Der Begriff des Unzüchtigen findet indes auch abweichende, engere Umschreibungen. So beinhaltet der Begriff nach einer verbreiteten Meinung ein zusätzliches, subjektives Element, nämlich die Absicht des Urhebers einer entsprechenden Äusserung, beim Empfänger eine Sexualerregung hervorzurufen.[1] Andere engen den Begriff (zusätzlich) dadurch ein, daß sie als unzüchtig nicht jede, sondern nur eine gröbliche Verletzung des Scham- und Sittlichkeitsgefühls ansehen.[2]

Hier geht es nicht darum, welchem Unzüchtigkeitsbegriff der Vorzug zu geben ist, sondern nur um die Feststellung, daß jede Einengung des Unzüchtigkeitsbegriffs der herrschenden Lehre den Bereich, in dem Kunstwerke straflos verbreitet werden können, erweitert.

---

1) Binding, LB S. 215; Gutachten ZStW 2, 450 (461); Frank Anm. 1 zu § 184 StGB; Kohler, Das Sinnliche und das Unsittliche in der Kunst, in: ZStW 7,47 (60); Goltd.Arch. 57, 415 (418f) (Literaturbesprechung); Liszt-Schmidt, LB § 109 II 1 (S. 558f); Mezger in LK Anm. 3 zu § 184 StGB; Schlechtriem aaO S.36ff; Welzel, LB § 64 V 2a (S. 426); Niederschriften Bd. 8 S. 247 (Disk.beitrag); vgl. auch E 1962, Begründung S. 382f; zur ähnlichen Rechtslage im amerikanischen Recht vgl.: Kronhausen, Pornographie und Gesetz S. 178; Schwenk, Rechtsprechungsbericht JZ 1965, 672 (674); Schwinge, Die Bekämpfung des Obszönen im anglo-amerikanischen Recht, in: Festschrift für Hellmuth v. Weber S. 293 (301f)

2) RG 16.2.81 E 4, 87 (89); 19.2.83 E 8, 128 (130); 12./18. 10.86 E 14, 397 (398); 13.1.93 E 23, 388 (391); 29.6.94 Goltd.Arch. Bd. 42, 256; 22.3.95 E 27, 114 (115); (in RG 24.11.99. E 32, 418 (419) wird diese Rechtsprechung aufgegeben); Burrack, Diss. S. 47; v. Hippel, LB S. 232 Anm. 1; v. Liszt-Schmidt, LB § 109 II 1 (S. 558); Meili Goltd.Arch. Bd. 46, 187, Mezger in LK Anm. 3 zu § 184 StGB; Mezger-Blei, StuB II § 33 (S. 103); Schlechtriem aaO S. 34; Schönke-Schröder Anm. 4f zu § 184 StGB; Welzel, LB § 64 V 2a (S. 426); vgl. auch BGE 86 IV 19; 197f

Insofern ist bemerkenswert, daß nach der subjektiven Theorie jede andersgerichtete - insbesondere künstlerische - Absicht eine Unzüchtigkeit entfallen lassen soll. Der Schwierigkeit, daß sich künstlerische und "geschlechtliche" Absicht nahe berühren können, begegnet diese Lehre dadurch, daß auch eine künstlerische Absicht, die den geschlechtlichen Reiz um der Freude an der Schönheit des Kunstwerks willen erregt, geeignet sein soll, eine Unzüchtigkeit auszuschliessen.[1] Ein so verstandener Unzüchtigkeitsbegriff berücksichtigt in gewisser Weise künstlerische Belange. Insbesondere werden auch nicht wert- bzw. rangerfüllende Kunstwerke begünstigt.[2] Eine Sonderbehandlung im Sinne ausschliesslicher Privilegierung erfahren künstlerische Werke indes nicht. Von vornherein unprivilegiert müssen darüberhinaus all die Werke bleiben, die ohne entsprechende künstlerische Absicht entstehen.[3]

Auch die Formel von der gröblichen Verletzung des Schamgefühls engt den Unzüchtigkeitsbegriff der herrschenden Lehre ein. Es soll dadurch auf eine Toleranzgrenze hingewiesen werden, die hinsichtlich geschlechtsbezogener Darstellungen bestehe.[4]
Sollte auch die Absicht, künstlerische Werke zu privilegieren, zu dieser Begriffsverengung geführt haben, sind doch letztlich künstlerische wie nichtkünstlerische Werke gleichermassen begünstigt: Eine Sonderbehandlung findet also auch hier nicht statt.

Insgesamt lässt sich feststellen, daß selbst ein noch so eingeschränkt verstandener Unzüchtigkeitsbegriff keinen Be-

---

1) Frank Anm. 1 zu § 184 StGB; v. Liszt-Schmidt § 109 II 1 (S. 558); a.A. Binding, LB S. 215 und ZStW 2, 450 (466); Kohler ZStW 7, 47 (60)

2) Vgl. Kohler ZStW 7, 60: "Der grössere oder geringere Grad der Vollkommenheit der Schöpfung kommt nicht in Betracht."

3) Daß die subjektive Theorie auch erhebliche Beweisschwierigkeiten aufwirft (vgl. Peters JR 1950, 98 r.Sp), sei nur am Rande vermerkt.

4) Schönke-Schröder Anm. 5 zu § 184 StGB

reich strafloser Kunstwerkverbreitung eröffnet, der den heutigen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen entspricht, denn insoweit ist die Möglichkeit freier Verbreitung von Werken beliebigen - also auch unzüchtigen - Inhalts gefordert.

2) Umstände, die eine Unzüchtigkeit ausschliessen

Um den Bereich kennenzulernen, in dem künstlerische Werke schon bislang unbehelligt verbreitet werden können, ist es unerlässlich, auf die Umstände einzugehen, die nach überwiegender Meinung von Literatur und Rechtsprechung einem an sich unzüchtigen Werk diese Eigenschaft sollen nehmen können.

Zwar ist die Möglichkeit freier Verbreitung von Kunstwerken auch dadurch in keinem Fall eröffnet, doch lässt sich feststellen, ob und inwieweit Kunstwerken eine Sonderbehandlung zuteil wird.

Der Versuch, die in diesem Zusammenhang relevanten Umstände in Gruppen zusammenzufassen, dient allein der besseren Übersicht. Es darf nicht der Eindruck entstehen, als ergäbe die hier vorgenommene Gruppierung eine Stufenfolge. In ihrer Wirkung sind alle Umstände gleich. Auch wäre die Annahme verfehlt, im Einzelfall sei die Zuordnung zu der einen oder anderen Gruppe stets eindeutig möglich; enge Zusammenhänge lassen dies vielfach nicht zu.

a) Inhalt

Zunächst ist auf eine inhaltliche Besonderheit unzüchtiger Werke hinzuweisen. Zwar ist eine befriedigende Antwort auf die Frage nach dem typischen Inhalt einer unzüchtigen Äusserung bislang nicht gelungen - die Formel von der Verletzung des Scham- und Sittlichkeitsgefühls wäre sonst wohl längst preisgegeben - soviel aber dürfte sicher sein, daß ein unzüchtiger Inhalt einen sexuellen Bezug aufweisen muß, wenn auch dessen Art und Intensität wiederum zweifelhaft sind. In seltener Einmütigkeit wird aber ein Inhalt trotz seines unbestreitbaren sexuellen Bezugs als nicht unzüchtig erachtet.

Gedacht ist an die bildliche Darstellung des nackten menschlichen Körpers. Insofern soll eine Schamverletzung in aller Regel ausgeschlossen sein, es sei denn, es lägen besondere, im einzelnen wieder umstrittene Umstände vor.[1] Warum gerade hier eine Unzüchtigkeit entfallen soll, findet als Selbstverständlichkeit nur selten eine Erklärung. Zu denken wäre an eine entsprechende Abstumpfung des Schamgefühls durch Gewöhnung,[2] oder an die besondere Wirkung künstlerischer Darstellung.[3] Der sich ergebende Bereich straffloser Werkverbreitung kommt zwar auch entsprechenden Darstellungen der bildenden Kunst zugute, bedeutet aber keine Sonderbehandlung.[4]

b) Tendenz

Weiter sind in diesem Zusammenhang gewisse innere Abläufe beim Urheber bzw. Empfänger der fraglichen Äusserung von Interesse.

---

1) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 4; Frank Anm. 1; Gerber, Kriminalistik 1967, 492, 603; Kohlrausch-Lange Anm. III jeweils zu § 184 StGB; Maurach § 50 V B 1b (S.431); Mezger LK Anm. 3 zu § 184; Mezger-Blei StUB II § 33 (S. 103); Niethammer, LB S. 189; Peters, Der Begriff des Unzüchtigen in: JR 1950, 97 (98 r.Sp.); Potrykus, Der Kunstvorbehalt im literarischen Jugendschutz in: Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1965, 29 (36); Rittler, Die Freiheit der bildenden Kunst und ihre Beschränkung durch das Strafgesetz in: SchwZStr Bd. 47, 73 (90); Sauer, System S. 426; Schönke-Schröder Anm. 7; Schwarz-Dreher Anm. 1 A d jeweils zu § 184; Thomsen, Das unzüchtige Bild in: Gerichtssaal Bd. 80 S. 252 (260); RGSt 24, 367; RG JW 1908, 574; 1909, 512; RGSt 61, 293 (294f); 379 (380); 382; RG LZ 1914, 778; OLG Oldenburg JR 1952, 113; BGHSt 5, 346 (347) = NJW 1954, 520; OLG Nürnberg GA 1961, 285 = RdJ 1962, 54; LG Saarbrücken NJW 1963, 1071 (1072); (zur ähnlichen Rechtsprechung des Supreme Court of the US vgl. Schwenk JZ 1965, 674; zur Praxis des schweizerischen Bundesgerichts(vgl. BGE 89 IV 199); a.A. Lazarus aaO S. 119

2) Berg, Gefesselte Kunst S. 130; Lazarus aaO S. 28, 120; Roth, Diss. S. 26

3) Vgl. unten S. 85ff

4) Anders nur, wenn entgegen der h.M. die Darstellung des Nackten als im allgemeinen schamverletzend angesehen würde, nicht dagegen dessen künstlerische Darstellung im besonderen (so Lazarus aaO S. 51f, 129).

Bekanntlich unterscheidet sich der Unzüchtigkeitsbegriff der subjektiven von dem der objektiven Theorie durch die zusätzliche Forderung, der Urheber müsse beim Empfänger eine Sexualerregung beabsichtigt haben. Er ist daher der engere, den Bereich strafloser Werkverbreitung erweiternde Begriff.

Aber auch Vertreter der objektiven Theorie berücksichtigen bei der Werkqualifikation in gewissem Umfang die "Tendenz" des Urhebers.
So prüft das Reichsgericht gelegentlich in Fällen, in denen die Unzüchtigkeit eines Werkes zweifelhaft bleibt, zum besseren Verständnis die von seinem Urheber verfolgte Tendenz.[1] Eine nähere Prüfung dieses Vorgehens zeigt allerdings, daß löbliche Tendenzen nicht regelmässig geeignet sein sollen, eine Unzüchtigkeit auszuschliessen, sondern nur dann, wenn sie objektiv im Werk hervortreten und so sehr überwiegen, daß auf der Empfängerseite eine Schamverletzung aus noch näher darzulegenden Gründen[2] entfällt.[3]

Der durch den Unzüchtigkeitsbegriff der objektiven Theorie mittelbar umschriebene Bereich strafloser Werkverbreitung wird durch dieses Verfahren nicht unerheblich erweitert.
Was Kunstwerke anlangt, so sind die Meinungen allerdings geteilt, ob nur solche mit hohem künstlerischem Wert eine entsprechende Tendenz mit der Wirkung des Ausbleibens einer Schamverletzung aufweisen können,[4] oder auch solche, deren Wert gering ist, u.U. sogar völlig fehlt.[5]
Auch in letzterem Fall ist der künstlerischen Werken eingeräumte Freiheitsbereich jedoch nicht grösser, als der ihnen durch den subjektiven Unzüchtigkeitsbegriff von vornherein gewährte. Eine Sonderbehandlung erfahren sie insgesamt nicht.

---

1) RG Goltd.Arch. Bd. 52, 85; JW 1906, 244; 1908, 160, 574; 1914, 366

2) vgl. unten S. 85ff

3) RGSt 37, 315

4) so das RG, vgl. unten S. 85ff

5) Lazarus aaO S. 55

c) Interesse

Ein in wissenschaftlicher, künstlerischer oder ähnlicher Absicht verfasstes Werk fordert auf der Empfängerseite ein entsprechendes Interesse. Nun soll aber jedes lebhafte derartige Interesse - weil intellektuelle Momente im Vordergrund stehen - lähmend auf das Schamgefühl wirken, u.U. derart, daß eine sonst zu erwartende Schamverletzung sogar ausbleibt.[1)]
Berücksichtigung finden in diesem Zusammenhang z.B. allgemein wissenschaftliche (ärztliche, gerichtliche u.ä.),[2)] kulturelle,[3)] historische Interessen,[4)] oder das Interesse an der Vollständigkeit einer Sammlung.[5)]

Aber auch bei künstlerischen Werken soll ein entsprechendes, z.B. auf die technischen Vorzüge gerichtetes Interesse das Ausbleiben einer Schamverletzung erklären. Von Relevanz soll allerdings nur ein mit der künstlerischen Bildung des Normalmenschen zu vereinbarendes, nicht dagegen ein weitergehendes, auf besonderer Sachverständigkeit beruhendes Interesse sein.[6)] Gelegentlich findet ein besonderes künstlerisches Interesse aber dann Berücksichtigung, wenn die Werkverbreitung auf einen wirklich interessierten Personenkreis beschränkt war.[7)]

Insgesamt wird der künstlerischen Werken eingeräumte Freiheitsbereich dadurch aber nur unwesentlich erweitert.

d) Betrachtungsweise

Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu erwähnen ist die bei der Beurteilung von Schriftwerken nach überwiegender Meinung gebotene Betrachtungsweise. Maßgebend soll insofern der Gesamtcharakter einer Schrift, nicht eine einzelne unzüchtige Stelle sein. Im Gesamtcharakter könnten einzelne unzüchtige Stellen

---

1) Lazarus aaO S. 26, 63ff, 106ff

2) RG JW 1906, 243; Peters JR 1950, 97 (98)

3) RG JW 1910, 665 (666); vgl. auch Schweiz.Kass.hof 10.5.63 (Hokusai-Urteil) Vorgänge 1964, 143

4) RG JW 1906, 606; Lazarus aaO S. 66; Rittler SchwZStr 47, 73 (95)

5) Lazarus aaO S. 66

6) RG JW 1914, 886 Ziff.7 (887); DRZ 1927 Rspr.S.54 Nr.158

7) RGSt 56, 175 (176)

durchaus zurücktreten, unter Umständen ihre unzüchtige Wirkung sogar völlig verlieren. Trotz dieser Betrachtungsweise weiterhin unzüchtig bleibende Stellen lösten darüberhinaus dann keine Strafbarkeit aus, wenn sie unselbständig seien - was nicht so sehr nach äusseren Momenten als nach dem inneren geistigen Zusammenhang beurteilt werden müsse - und ihr Wesen nicht dem ganzen Werk mitteilten.[1)]

Bei Bildwerken soll eine Ganzheitsbetrachtung dagegen eine derartige Wirkung nicht haben, denn dort bestimme eine einzelne unzüchtige Stelle wegen ihrer unmittelbaren gleichzeitigen Wirkung stets den Charakter des Ganzen.[2)] Immerhin ist auch hier das Bestreben zu erkennen, den strafbaren Bereich einzuengen, wenn auch Kunstwerke keine einseitige Bevorzugung erfahren.

e) Form

Auch formale Besonderheiten sollen einem normalerweise unzüchtigen Werk diese Eigenschaft nehmen können. In diesem Zusammenhang ist auf folgendes hinzuweisen: Bei Bildwerken soll

---

1) Allfeld, LB, § 115 II 2 (S.509); Binding, LB S. 216; Dalcke-fuhrmann-Schäfer Anm. 2a; Kohlrausch-Lange Anm. III jeweils zu § 184 StGB; Lazarus aaO S. 67ff; Maurach, BT § 50 V B 1b (S. 431); Mezger LK Anm. 3 zu § 184 StGB; Roth, Diss. S. 30f; Sauer, System S. 426; Schmidt GA 1966, 97 (107); Schwarz-Dreher Anm. 1 A zu § 184 StGB; RGSt 8, 130; 23, 388; 24, 368; 29, 133; JW 1910 665 (666); 1911, 239 (240); OLG Neustadt JR 1952, 287; OLG Celle NJW 1953, 1317; NdsRpfl 1956, 99; LG Hamburg NJW 1963, 676; OLG Düsseldorf FamRZ 1965, 459 (460); so auch die heutige Rechtsprechung des Supreme Court of the US vgl. Kronhausen aaO S. 180;Schwinge aaO S. 297, 302;Schwenk JZ 1965, 672 (674); und die Rechtslage in der Schweiz, vgl. BGE 89 IV 198; Gerber, Kriminalistik 1967, 436

2) Lazarus aaO S. 74; Roth, Diss. S. 31; A. Schmidt GA 1966, 97 (107)

ein an sich unzüchtiger Inhalt eine schamverletzende Wirkung dann nicht haben, wenn z.B. die natürlichen Grössenverhältnisse der dargestellten Figuren verändert werden,[1] oder eine Darstellung in schematisch-karikaturhafter Zeichnung,[2] bzw. kalt-statuenhafter Form erfolgt.[3]
Bei Sprachwerken soll die Darstellung in fremder Sprache ähnlich wirken, denn Worte, die in der Muttersprache unmittelbar auf das Schamgefühl wirkten, hätten in einer fremden Sprache, selbst wenn diese gut beherrscht würde und die Wortbedeutungen genau übereinstimmten, eine derartige Wirkung nicht.[4] Mitunter soll schon die Wahl einer einzelnen Kunstgattung bedeutungsvoll sein: ein in der bildenden Kunst schamverletzender Inhalt soll u.U. in der Sprachkunst noch ohne diesen Erfolg dargestellt werden können.[5]

Auch insoweit lässt sich also von einer Erweiterung des Bereichs strafloser Werkverbreitung sprechen.

f) Arten der Verbreitung

Ferner soll die besondere Art der Verbreitung einem schamverletzenden Werk diese Wirkung u.U. nehmen können.
Von einem in Massenauflage verbreiteten unzüchtigen Werk soll sich z.B. das entsprechend teurere Original, bzw. eine kostbare kleine Auflage durchaus straflos verbreiten lassen.[6]
Überhaupt sollen unaufdringliche Verbreitungsformen eine Unzüchtigkeit leichter ausschliessen als störende, wobei folgende ungefähre Stufenfolge zu erkennen ist: Ein auf öffentlicher Strasse durch Aufstellen oder Ausrufen, oder in Schaufenstern durch Ausstellen verbreitetes Werk soll eher unzüchtig sein, als ein im Innern eines Ladens öffentlich ausge-

---

1) Berg aaO S. 123; Lazarus aaO S. 122

2) Peters JR 1950, 97 (99 r.Sp.); LG Saarbrücken 15.12.62 NJW 1963, 1071

3) Lazarus aaO S. 123; RGSt 6, 382

4) Lazarus aaO S. 78

5) Larazus aaO S. 72

6) Binding, Gutachten ZStW 2,450 (468);Frank Anm. 1 zu § 184 StGB; Lazarus aaO S. 81ff; Sauer, System S.426; Schlechtriem aaO S. 38f; RGSt 29, 133 (134); 37, 315 (317);Recht 1907, 1339; JW 1909, 511 Nr. 5a; 1911, 501; LZ 1914, 587

legtes. Öffentliche Auslage soll andererseits wiederum eher zu beanstanden sein als Verkauf oder Subskriptionsofferte an einen erwerbswilligen Kunden.[1)]
Bei Ausstellung und Verbreitung unzüchtiger Werke in Museen, Galerien, alten Palästen usw. soll sogar eine durch die Räume ausgelöste besondere Stimmung einen Verletzungserfolg beim Leser oder Beschauer entfallen lassen können.[2)]

g) Arten des Publikums

Schliesslich soll ein an sich unzüchtiges Werk dann nicht schamverletzend wirken, wenn es lediglich einem bestimmten, eng begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht wird. Dieser Personenkreis wird durch die gemeinsamen besonderen (künstlerischen, kulturellen) Interessen seiner Mitglieder,[3)] aber auch durch den Ort der Verbreitung näher charakterisiert,[4)] also durch Umstände von denen schon bekannt ist, daß sie das Ausbleiben eines Verletzungserfolgs sollen bewirken können. Andererseits soll aber eine Schrift ihren unzüchtigen Charakter nicht dadurch verlieren, daß sie ausschliesslich in Kreisen verbreitet wird, die am Inhalt keinen Anstoß nehmen.[5)]

Mit der Möglichkeit strafloser Verbreitung an sich unzüchtiger Werke in einem kunstinteressierten Personenkreis erfahren Kunstwerke - im Gegensatz zu der noch zu besprechenden, von Rechtslehre und Rechtsprechung in der Auseinandersetzung mit straftatbestandserfüllenden Kunstwerken heute überwiegend praktizierten Lösung[6)] - wiederum keine einseitige Bevorzugung.

---

1) Jäger aaO S. 113; Lazarus aaO S. 93, 121ff; RGSt 24, 365 (368)

2) Lazarus aaO S. 61; Roth, Diss. S. 30; RGSt 37, 315 (316); JW 1911, 501; vgl. auch Gerber, Kriminalistik 1967, 491

3) Lazarus aaO S. 95, 111; RGSt 56, 176

4) BGH 23.3.65 E 20, 192 = NJW 1965, 983 = MDR 1965, 588 = JR 1965, 230 m. Anm. Nüse = JZ 1965, 490 m. Anm. Bauer

5) BGH 18.1.51 E 3, 295 (297)

6) vgl. unten S. 86ff

h) Art der Darstellung: Veredelung, Vergeistigung, Verklärung

Endlich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß gerade die künstlerische Art der Darstellung einem Werk u.U. den Charakter des Unzüchtigen soll nehmen können.

Auf diesen Umstand macht schon Binding aufmerksam, wenn er feststellt, eine ideale Darstellung könne auch einen unreinen Gegenstand so veredeln, daß der Beschauer nur noch das Schöne der Form empfinde.[1] In einer Entscheidung vom 6.11.1893 prägt dann das Reichsgericht erstmals die Formel, die Kunst sei imstande, einen unter anderen Umständen unzüchtigen Gegenstand bis zu dem Grade zu durchgeistigen und zu verklären, daß für das natürliche ästhetische Gefühl die sinnliche Empfindung durch die interesselose Freude am Schönen zurückgedrängt werde.[2] Von hier aus läuft eine kaum angefochtene Linie zur modernen Rechtsprechung und Lehre.[3]

Das Ausbleiben eines Verletzungserfolgs findet dabei nicht in allen Fällen eine psychologische Erklärung, oft wird nur als Tatsache festgestellt, der "stoffliche Inhalt", das "grob Sinnliche" werde "zurückgedrängt" bzw. "sublimiert".
Ohne auf die Begriffe des Vergeistigens und Verklärens, zu denen später noch das Veredeln tritt, näher einzugehen,[4] lässt sich an frühere Ausführungen anknüpfend[5] unschwer feststellen,

---

1) ZStW 2, (1882), 450 (466)

2) RGSt 24, 365 (367)

3) RGSt 30, 379; 37, 315; JW 1906, 606; Goltd. Arch. 59, 128 = JW 1911, 500; 501; LZ 1914, 587; JW 1914, 886 Ziff. 7 (887); 1915, 347 Ziff. 11b (348); RGSt 56, 176; DRZ 1926 Rspr. S. 248 Nr. 860; 1927 Rspr. S. 54 Nr. 158; KG DJZ 1929, 1553; OLG Neustadt JR 1952, 287; LG Hamburg NJW 1963, 676; BGH NJW 1965, 983; OLG Düsseldorf FamRZ 1965, 459 (460); Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 2a; Kohlrausch-Lange Anm. 3 jeweils zu § 184 StGB; Lazarus aaO S. 64f; Leiss NJW 1962, 2323 (2324ff); Mezger LK Anm. 3 zu § 184 StGB; Roth, Diss. S. 29; Sauer, System S. 426; Schwarz-Dreher Anm. 1Ac zu § 184 StGB; vgl. auch BGE 87 IV 81

4) vgl. dazu Leiss NJW 1962, 2323 (2325ff)

5) vgl. oben S. 37f

daß sich die vom Reichsgericht geprägte Formel in Übereinstimmung mit der idealistischen Kunstauffassung befindet. Insoweit kennzeichnet die Formel nicht nur einen bestimmten Grad künstlerischer Vollendung, sondern künstlerische Vollendung schlechthin.
Dem steht die ebenfalls auf das Reichsgericht zurückgehende Unterscheidung zwischen "Kunstwerken in des Wortes höchster Bedeutung", die niemals unzüchtig sein sollen und sog. "Werken der Kunst", bei denen das Ausbleiben eines Verletzungserfolgs im Einzelfall festgestellt werden muß,[1] nicht entgegen. Denn dadurch sollen keine wertmässigen Unterscheidungen getroffen, sondern nur in Fällen allgemein anerkannter Klassizität weitere Feststellungen erspart werden.

Festzuhalten bleibt, daß künstlerischen Werken durch diese Praxis eine Sonderbehandlung zuteil wird, jedoch nur zum geringsten Teil: nur wertvolle, vollkommene Werke sind dem strafbaren Bereich entrückt.

3) Veränderung des Beurteilungsmaßstabs

Die bisherigen Feststellungen lassen sich dahin zusammenfassen, daß Kunstwerke frei verbreitet werden können, soweit sie nicht unzüchtig sind.[2] Nicht unzüchtig sollen insbesondere all die Werke sein, die den obersten Kunstwert des "Schönen" erfüllen, weniger vollkommene und mißlungene Werke dagegen nur in Einzelfällen, so z.B. traditionelle Aktdarstellungen.

Entscheidend für das Vorliegen einer Unzüchtigkeit soll - wie bereits erwähnt[3] - regelmässig das Schamgefühl des Normalmenschen sein.

---

1) RGSt 37, 315

2) Wohl nur Rittler (SchwZStr 47, 73 (95)) nimmt gewohnheitsrechtlich die Straflosigkeit unzüchtiger bildlicher Darstellungen in gewissem Umfang und in bestimmten Formen an (Verbreitung in Sammlungen, Museen, Kunstausstellungen, wissenschaftlichen Werken).

3) vgl. oben S. 74f

Alle Bemühungen, insoweit zu einem objektiven Urteil zu kommen, werden aber wohl immer Versuch bleiben, da das Schamgefühl beim einzelnen stets nach Herkunft, Erziehung, Religion, Umwelt, Bildung und sozialem Stand individuell reagiert.[1] Fragwürdig sind daher auch die Versuche, eine gewisse Verobjektivierung dadurch zu erreichen, daß statistisch oder wertbezogen ein Durchschnittsempfinden ermittelt wird.[2]
Ist über Kunstwerke zu befinden, sind die Urteile in besonderem Maße persongebunden[3] und dazuhin noch von sich wandelnden ethischen,[4] wie ästhetischen[5] Auffassungen abhängig.
Ausschlaggebend ist daher letztlich das persönliche Urteil des Richters.[6]

Angesichts der in Art. 5 Abs. 3 GG verankerten verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie wird von einem Teil der Rechtsprechung und Lehre neuerdings versucht, den bislang verwendeten Unzüchtigkeitsbegriff, soweit Kunstwerke in Frage stehen, weiter einzuengen. Dies geschieht durch Veränderung gerade dieses, nicht unproblematischen Beurteilungsmaßstabs. Maßgebliche Beurteilerfigur soll insofern nicht mehr der Normalmensch, sondern der künstlerisch aufgeschlossene, oder zumindest um Verständnis bemühte, wenn auch

---

1) RGSt 32, 418 (420); Burrack, Diss. S. 40; Frank DJZ 1900, 238; Gerber, Kriminalistik 1967, 379f; Jäger aaO S. 103; Lazarus aaO S. 112; Liszt-Schmidt § 103 II 3 (S. 538); May NJW 1958, 1621; Wolff aaO S. 5

2) vgl. Lazarus S. 105f; Roth, Diss. S. 34; Schilling Schmutz und SchundG Ziff. 90

3) Berg aaO S. 131

4) LG Hamburg NJW 1963, 675 (676)

5) Ott, NJW 1963, 617 (619)

6) RGSt 32, 418 (420); Burrack, Diss. S. 42; Frank DJZ 1900, 238; Liszt-Schmidt § 103 II 3 (S. 538); Wolff aaO S. 21f

ästhetisch nicht besonders vorgebildete Mensch sein.[1)]

Soweit über Kunstwerke zu befinden ist, ist eine derartige überdurchschnittliche Beurteilerfigur der Rechtspraxis nicht unbekannt.[2)]
Vorliegend urteilt der "Kunstinteressent" allerdings nicht primär über die Kunstwerkseigenschaft eines Gebildes. Für ihn steht allein dessen Züchtigkeit oder Unzüchtigkeit zur Entscheidung.
Es nimmt daher nicht Wunder, daß auch weiterhin von der Veredelung, Vergeistigung, Verklärung eines Inhalts durch die Art seiner Darstellung die Rede ist.[3)] Keine Wiederholung findet jedoch die vom Reichsgericht zur Erklärung der besonderen Kunstwirkung benützte Wendung von der "interesselosen Freude am Schönen". Dies wird leicht übersehen.[4)]
Nicht daß sich beim Kunstinteressenten ein entsprechendes Gefühl nicht einstellen könnte, gerade bei ihm werden aber auch intellektuelle Momente lähmend auf das Schamgefühl wirken.[5)]
Darüberhinaus dürfte die beim Kunstinteressenten vorauszusetzende besondere Gewöhnung an bevorzugt wiederkehrende Inhalte und Darstellungsarten, sowie seine Fähigkeit durch Aus-

---

1) LG Hamburg 31.7.62 NJW 1963, 675 (im Anschluß an BGH 23.6.61 GA 1961, 240); Einstellungsverfügung der StA Augsburg v. 19.12.62 Sonderheft Vorgänge 1963, 93; BGH 23.3.65 MDR 1965, 588 = NJW 1965, 983 = JR 1965, 230 = JZ 1965, 490; OLG Düsseldorf 25.3.65 FamRZ 1965, 459; Buchholz in Sexualität und Verbrechen S. 326 (335); Kunst, Recht und Freiheit S. 13; Leiss NJW 1962, 2323, (2326); Ott NJW 1963, 617 (618)

2) vgl. zum pr. Verunstaltungsgesetz: PrOVGE 82, 438; 99, 207; zum GjS : OVG Münster 3.11.61 Börsenblatt 1962, 561 (565); zum Urheberrecht: RGZ 139, 214 (218) BGHZ 22, 210 (218); 27, 352 (356); Tetzner NJW 1961, 1748

3) vgl. LG Hamburg NJW 1963, 675

4) vgl. Leiss NJW 1962, 2323 (2326) und die insoweit berechtigte Kritik von Ott NJW 1963, 617 (618)

5) anders A. Schmidt GA 1966, 97 (108)

legung zu einem tieferen Werkverständnis zu gelangen, zur Revision des vom Normalmenschen gefällten Unzüchtigkeitsurteils beitragen.
Ist aber bei Kunstwerken nicht mehr allein das Gefühl der "interesselosen Freude am Schönen" Voraussetzung für das Ausbleiben einer Schamverletzung, kann auch bei weniger vollkommenen und mißlungenen Werken das vordem unvermeidliche Unzüchtigkeitsurteil entfallen. Mit dem Hinweis, daß bei der Beurteilung das Wesen der zeitgenössischen Kunst mitberücksichtigt werden müsse, auch wenn es nicht ganz leicht verständlich sei,[1] wird ausdrücklich der Vorrang des Schönen als einziges oberstes Wertprinzip preisgegeben.
Damit ist zwar nicht jedes künstlerische Werk, nur weil es überhaupt eine Kunsttechnik aufweist und künstlerische Ziele verfolgt, der Strafbarkeit entrückt, jedoch der Bereich, in dem Kunstwerke straflos verbreitet werden können, wesentlich erweitert. Bedenken bestehen allerdings gegen den eingeschlagenen Lösungsweg. Insbesondere lässt sich der Widerspruch zwischen dem bei der Beurteilung von Kunstwerken und dem im übrigen anzuwendenden Unzüchtigkeitsbegriff nicht übersehen.[2] Eine ausführliche Kritik bleibt jedoch einer späteren Stelle vorbehalten.[3]

II Beleidigungstatbestände

Wegen ihres beliebigen Inhalts können Kunstwerke im verfassungsrechtlichen Sinne auch mit den Straftatbeständen der Beleidigung kollidieren.
Da die hier besonders interessierenden Kunstformen der Satire und Karikatur schon in vorkonstitutioneller Zeit

---

1) LG Hamburg aaO

2) vgl. Schönke-Schröder Anm. 6 zu § 184 StGB; vgl. auch Gerber, Kriminalistik 1967, 434

3) vgl. unten S. 125ff

als Kunstwerke im Rechtssinne gelten,[1] liegt es nahe, zu prüfen, ob ein Konflikt bislang schon erkannt, und inwieweit er gegebenenfalls einer Lösung zugeführt ist.

Schon ein erster Blick in Rechtsprechung und Literatur zeigt aber auch hier, daß eine Möglichkeit beleidigende Kunstwerke frei zu verbreiten trotz wechselnder verfassungsrechtlicher Voraussetzungen i.d.R. nicht besteht.[2] Der Bereich, in dem Kunstwerke frei verbreitet werden können, findet seine Grenze da, wo Inhalte mit beleidigendem Charakter gestaltet sind. D.h. Begriffe wie Beleidigungen, Verächtlichmachen, Herabwürdigen bestimmen mittelbar den Kunstwerken zugestandenen Freiheitsbereich. Anders als beim Unzüchtigkeitsbegriff führen hier jedoch nicht schon unterschiedliche Begriffsbestimmungen zu unterschiedlichen Freiheitsbereichen.
Im folgenden kann also von einer Erörterung dieser Begriffe selbst abgesehen und das Augenmerk auf Besonderheiten der durch sie vorgezeichneten Grenzlinie gerichtet werden.

1) Besonderheiten bei der Auslegung

Ein Urteil darüber, ob eine Äusserung beleidigend usw. ist, setzt voraus, daß ihr Sinn feststeht, und zwar ihr objektiver Sinn, nicht der, den der Äussernde ihr beilegen möchte, noch der, den der Empfänger mit ihr verknüpft.[3]

1) vgl. Rogowski, Die komische Beleidigung (1911) S. 391 Kitzinger, RPG (1920) S. 63; Die Freiheit der Wiss. und Kunst in: Grundrechte Bd. II (1930) S. 470; Gronarz, Karikatur und Beleidigung (Diss. 1932) S. 53; Klein, Die Verletzung der Persönlichkeit durch Karikaturen (Diss. 1935) S. 1, 7, 9ff

2) RG 12.11.23 JW 1924, 1526 Nr. 7; 15.5.28 LZ 1928, 981, OLG Celle 6.7.61 NdsRpfl 1961, 181

3) Kern, Äusserungsdelikte S. 80; Maurach BT § 18 II A 2c (S. 135); Mezger-Blei StuB II § 35 I (S. 108), § 36 II (S. 111); Rittler SchwZStr 47, 73 (79); Schönke-Schröder Anm. 9 zu § 185 StGB; Welzel, LB, § 42 I 2a (S. 295); RG 16.10.24 JW 1926, 1184 Nr. 25; 30.1.31 JW 1931, 1571; BayObLG 3.7.57 NJW 1957, 1607 (1808); a.A. Olshausen Anm. 6d; Schaefer LK Anm. II 2a jeweils zu § 185 StGB; RG 2.3.43 E 76, 356 (360)

Die Ermittlung des objektiven Sinnes geschieht durch Auslegung,[1] wobei die Form und die Umstände, unter denen die Äusserung erfolgt ist, entscheidend sein sollen.[2]

In diesem Zusammenhang ist aber auch zu berücksichtigen, daß zwischen Form und Bedeutung einer Äusserung, d.h. zwischen Gesprochenem, Geschriebenem oder sonst Dargestelltem und dem objektiv Gemeinten mannigfache Mißverhältnisse bestehen können.
Was die Satire anlangt, so ist die Unangemessenheit von Wort und Bedeutung das typische Mittel, mit dem gearbeitet wird.[3] Die Zuordnung von Wort und Bedeutung ist dabei nicht zufällig, sondern beabsichtigt; so, wenn z.B. eine ernsthafte Dichtung unter Beibehaltung ihres Inhalts in eine andere, nicht gemässe Form gekleidet (Travestie), oder unter Beibehaltung von Form und Ton ihr Inhalt in unangemessener Weise verändert (Parodie), oder wenn das Gemeinte durch das Gegenteil ausgedrückt wird (Ironie).
Die Übertreibung ist nur eines der möglichen satirischen Mittel, allerdings auch das am meisten geübte.[4] Auch die Karikatur arbeitet damit und erscheint daher als bildnerische Entsprechung, als "Zwillingsschwester"[5] der Satire.
Den sich insoweit bei der Auslegung von Satire und Karikatur ergebenden Besonderheiten trägt das Reichsgericht in seiner richtungsweisenden Entscheidung vom 5. 6. 1928[6] Rechnung.

---

1) Grundlegend zur Auslegung: Kern, Äusserungsdelikte S. 67ff

2) Kern, Äusserungsdelikte S. 75ff; Mezger-Blei StuB II § 36 II (S. 111); Schönke-Schröder Anm. 9 zu § 185

3) Sedlmayer, Die Revolution der mod. Kunst S. 28

4) vgl. Tucholsky, Ges. Werke Bd. I S. 363: " Die Satire muß übertreiben und ist ihrem letzten Wesen nach ungerecht. Sie bläst die Wahrheit auf, damit sie deutlich wird."

5) Gronarz, Diss. S. 21

6) RGSt 62, 184 = JW 1928, 2761 Nr. 4

Wörtlich führt das Gericht aus:

> " Es ist der Satire wesenseigen, daß sie, mehr oder weniger stark, übertreibt, d.h. dem Gedanken, den sie ausdrücken will, einen scheinbaren Inhalt gibt, der über den wirklich gemeinten hinausgeht, jedoch in einer Weise, daß der des Wesens der Satire kundige Leser oder Beschauer den geäusserten Inhalt auf den ihm entweder bekannten oder erkennbaren tatsächlich gemeinten Inhalt zurückzuführen vermag, also erkennt, daß tatsächlich nicht mehr als dieser geringe Inhalt gemeint ist. Die Satire und Karikatur ziehen oft, wenn sie Mißstände rügen oder geißeln wollen, in jener übertreibenden, verzerrenden Weise die letzten Folgerungen aus dem Bestehen des Mißstandes, um diesen, mag er selbst auch keineswegs in einer so starken Form aufgetreten sein, recht handgreiflich und damit eindrucksvoll als solchen zu kennzeichnen. Daraus folgt, daß eine satirische Darstellung nicht nach ihrem Wortsinn genommen werden, sondern erst des in Wort und Bild gewählten satirischen Gewandes entkleidet werden muß, bevor beurteilt werden kann, ob das, was in dieser Form ausgesprochen und dargestellt ist, den Tatbestand einer strafbaren Handlung, im besonderen einer Beleidigung (sei es nach § 186 oder § 187, oder aber nach § 185 StGB) enthält. "

Von der nachfolgenden Rechtsprechung und zum Teil auch der Rechtslehre werden diese Auslegungsprinzipien übernommen.[1)]

Übertreibt und verzerrt die Satire das, was sie eigentlich aussprechen will so sehr, daß ein völlig unwirklicher Vorgang beschrieben wird,[2)] soll es notwendig sein, zwei Auslegungsvorgänge

---

1) vgl. OLG Dresden 23.9.30 JW 1931, 484 Nr. 12 mit zust.Anm. Gerland; BayObLG 3.7.57 E 1957, 126 = NJW 1957, 1607; OLG Celle 6.7.61 NdsRpfl. 1961, 181; BayObLG 4.5.66 UFITA Bd. 48 (1966) S. 356; OLG Hamburg 16.9.66 MDR 1966, 146 (147); (vgl. auch LG Saarbrücken 15.12.62 NJW 1963, 1071 im Gegensatz zu RG 19.4.10 JW 1910, 672 Nr. 11); Kern, Die Beleidigung, Festgabe für Frank Bd. 2 S. 335 (351); Klein, Diss. S. 46; Maurach, BT § 18 II A (S.135); Noll, Satirische Ehrverletzungen, BJM 1959, 3 (13); Olshausen Anm. 6d zu § 185 StGB

2) Eine Karikatur stellt z.B. dar, wie der Bundesverkehrsminister dem personifizierten Tod im Namen der Bundesbahn einen Orden dafür verleiht, daß er an einem schienengleichen Bahnübergang den hundertsten Fernfahrer zur Strecke gebracht hat.

aneinanderzureihen. Zunächst müsse ergründet werden, ob die einen unwirklichen Vorgang beschreibende Darstellung überhaupt einen Bezug zur Lebenswirklichkeit habe, oder ob es sich um ein blosses, für den Tatbestand der Beleidigung von vornherein irrelevantes Spiel der Phantasie handle. Erst wenn sich ein der Lebenswirklichkeit angehörender Sinn nicht ausschliessen lasse, könne sich eine Prüfung dahingehend anschliessen, auf welchen Sinn der satirisch überhöhte Inhalt zurückzuführen sei.[1)]

Maßgebliche Person für die Auslegung soll der Richter als Repräsentant einer durchschnittlichen Auffassung sein.[2)] D.h. nur dann, wenn der Durchschnittsleser einer Satire die Darstellung nicht als das wirklich Gemeinte hinnimmt, sondern sie auf ihren realen Kern zurückführen kann, wenn er durch eine kurze Überlegung zu erkennen vermag, was tatsächlich gemeint ist, soll von dem hintergründigen Sinn als objektivem Sinn ausgegangen werden, nicht dagegen, wenn die in der Satire liegende Aussage nur für besonders geübte oder sachverständige Beurteiler sichtbar ist.

Die der satirischen Äusserung sonach zuteil werdende Auslegung trägt zwar deren wesensmässiger Besonderheit Rechnung; wie jeder anderen Äusserung widerfährt der Satire dadurch aber nur, was ihr von vornherein gebührt.
Neuerdings findet sich allerdings auch der Versuch, den von der modernen Rechtsprechung zur Beurteilung unzüchtiger Kunstwerke benützten Maßstab des Kunstinteressenten[3)] bei der Auslegung satirischer Kunstwerke heranzuziehen,[4)] wodurch letztere schliesslich doch eine Sonderbehandlung erfahren.

---

1) vgl. BayObLG NJW 1957, 1607

2) Kern, Äusserungsdelikte S. 80; Schaefer in LK Anm. II 2a zu § 185 StGB; RG 5.6.28 E 62, 183; 30.1.31 JW 1931, 1571 Nr. 30; BayObLG 3.7.57 NJW 1957, 1607

3) vgl. oben S. 87 f

4) OLG Hamburg 16.9.66 MDR 1967, 146 (147)

2) Besonderheiten der strafrechtlichen Wertung

Ob eine auf ihren objektiven Sinn zurückgeführte Äusserung beleidigenden Charakter hat, ist Wertungsfrage und als solche von der Auslegungsfrage gedanklich zu trennen.[1)]

Äusserungen mit schlechthin beleidigendem Charakter soll es nicht geben, die Entscheidung vielmehr im wesentlichen vom Einzelfall abhängen.[2)] Dabei sollen die Einstellungen und Gewohnheiten der beteiligten Kreise und weitere Umstände wie Alter, Geschlecht, Lebenswandel usw. maßgeblich sein,[3)] darüberhinaus der Umstand, daß sich der Durchschnittsmensch abgewöhnt habe, mit gewissen, durch die karikierende Form hervorgerufenen Vorstellungen eine Unwertbetonung zu verbinden.[4)] Dieses mit Abstumpfung oder Gewöhnung zu erklärende Phänomen wird als "Prinzip der generellen Emanzipation von Unwertgefühlen" bezeichnet[5)] und lässt sich über die Karikatur hinaus auch bei anderen satirischen Äusserungen beobachten.[6)] Allerdings soll es nur insoweit Berücksichtigung finden,

---

1) Praktisch fliessen beide Beurteilungsvorgänge ineinander. Rechtsprechung und Rechtslehre differenzieren nicht regelmässig.

2) Schönke-Schröder Anm. 4; Schwarz-Dreher Anm. I B a jeweils zu § 185 StGB; RG 4.1.26 E 60, 34 (35); OLG Düsseldorf 2.3.60 NJW 1960, 1072

3) Maurach, BT § 18 II A 2a (S. 134); Olshausen Anm. 6d; Schaefer in LK Anm. 2a;Schönke-Schröder Anm. 4; Schwarz-Dreher Anm. I B a jeweils zu § 185 StGB; Welzel, LB § 42 I 2a (S. 295); RGSt 62, 183 (185); OLG Düsseldorf aaO

4) Gronarz, Diss. S. 63ff. Gelegentlich findet sich auch die Bemerkung, Beleidigungen in karikierender oder satirischer Form würden um ihrer Form willen gewohnheitsrechtlich toleriert (Kitzinger in Grundrechte Bd. 2 S. 470; Erbel aaO S. 156f). Unausgesprochen bleibt, ob es sich insoweit um einen Rechtfertigungsgrund handeln soll. Rittler (SchwZStr Bd. 47 S. 73 (86) nimmt bei dieser Fallgestaltung einen Schuldausschliessungsgrund kraft Gewohnheitsrechts an.

5) Gronarz, Diss. S. 66

6) Die Tendenz, komische - und damit auch satirische - Äusserungen weniger streng zu bewerten, lassen auch erkennen: Binding, LB I S. 144; Kohler, Ehre und Beleidigung, Goltd.Arch. Bd. 47 S. 33; Liepmann, Einfache Beleidigung, VDB Bd. 4 S. 270; Rogowski aaO S. 396

als es einer verobjektivierenden, durchschnittlichen Auffassung entspricht. Nur was das gesunde Durchschnittsempfinden der Öffentlichkeit, nicht was der besonders "Emanzipierte" als nicht beleidigend empfindet, soll auch nicht beleidigend sein.[1)]

Im Fall einer mitternächtlich ausgestrahlten politisch-satirischen Sendereihe, die ausschliesslich einen besonders interessierten und damit in der Regel auch besonders verständnisvollen Hörerkreis anspricht, sollen jedoch ähnliche Maßstäbe anzulegen sein, wie sie bereits bei der Wertung von Gegenständen der bildenden Kunst, die in besonderen Ausstellungen gezeigt werden, benützt werden.[2)]

Obwohl im einen Fall über den unzüchtigen, im anderen über den beleidigenden Charakter eines Kunstwerks zu befinden ist, wird durch den gleichermassen massgeblichen Beurteilungsmaßstab der Bereich der Strafbarkeit entsprechend eingeschränkt. In jedem Fall ist der Bereich, in dem Kunstwerke straflos verbreitet werden können, nicht unwesentlich erweitert.

3) Mängel des subjektiven Tatbestands

Ein weiterer Gesichtspunkt, unter dem der Bereich der Strafbarkeit bei scherzhaften, satirischen oder karikierenden Äusserungen eingeschränkt sein soll, findet sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Danach soll ein Angeklagter dann nicht wegen Beleidigung strafbar sein, wenn er unter Berücksichtigung der Beschaffenheit der inkriminierten Handlung, der Umstände, unter denen sie erfolgte und der persönlichen Verhältnisse der Beteiligten der Überzeugung sein konnte, seine Äusserung werde von dem anderen Teil gleichfalls als Satire oder Scherz aufgefasst werden und der andere Teil sei damit

---

1) Gronarz, Diss S. 66

2) OLG Hamburg 16.9.66 MDR 1967, 146 (147)

einverstanden.[1)]

Diese Überzeugung soll den Angeklagten allerdings nur dann entlasten, wenn sie von "verständigen Menschen" geteilt wird. D.h. der Angeklagte darf die Grenzen dessen, was in Satire und Karikatur "gang und gäbe" ist, nicht überschritten haben.[2)]

Damit sind der Satire und Karikatur wiederum die bereits bekannten, an der Durchschnittsauffassung orientierten Schranken gezogen.

Diesem Grenzziehungsversuch wird allerdings vorgeworfen, daß er in den tatsächlichen Verhältnissen keine Begründung finde, denn wer sich als Heuchler oder Einfaltspinsel karikiert sehe, werde wohl kaum davon entzückt sein, geschweige denn seine Zustimmung gegeben haben, wenn er vor der Veröffentlichung befragt worden wäre.[3)]

Darüberhinaus wird dem Reichsgericht der Vorwurf dogmatischer Inkonsequenz gemacht, denn vor jeder Erörterung der subjektiven Tatseite müsse notwendig auf den objektiven Tatbestand eingegangen werden.[4)]

Nach Klarstellung des letzteren Einwandes durch das Reichsgegericht[5)] wird die Einverständnis-Formel von Rechtsprechung und Lehre vielfach übernommen, dogmatisch jedoch nicht näher begründet.[6)]

Insofern sind zwei verschiedene Tätervorstellungen zu unterscheiden. Einmal kann gemeint sein, der Täter hält seine satirische Äusserung überhaupt nicht für beleidigend, weil er sie falsch wertet und seine falsche Wertung auch für die des Be-

---

1) RG 13.4.85 E 12, 140; 11.10.21 LZ 1922, 32 (zum Scherz); 12.10.11 JW 1912, 417 = Recht 1911 Nr. 3784 (zur Satire); 12.11.23 JW 1924, 1526 (zur Karikatur)

2) vgl. v. Lilienthal JW 1924, 1526 (Urteilsanmerkung)

3) vgl. Noll, Satirische Ehrverletzungen BJM 1959, 3 (9); Rittler SchwZStr. Bd. 47 S. 73 (86)

4) Gronarz, Diss. S. 87ff

5) RGSt 62, 183

6) vgl. OLG Dresden 8.10.29 DRZ 1929, 500 Nr. 1154; OLG Celle 15.7.53 NJW 1953, 1764; Frank Anm. III zu § 186 StGB; Maurach, BT § 18 II A 2c (S. 135); Noll BJM 1959, 3 (13); Olshausen Anm. 6d; Schwarz-Dreher Anm. 1 B a jeweils zu § 185 StGB

troffenen hält. In diesem Fall wertet der Täter die normativen Tatumstände "Beleidigen" (§ 185 StGB) bzw. "Verächtlichmachen" oder "Herabwürdigen" (§§ 186, 187 StGB) falsch. Ein Irrtum über normative Tatumstände schliesst nach allgemeinen Regeln gem. § 59 StGB den Vorsatz aus.[1)]

Andererseits kann gemeint sein, der Täter weiß, daß seine Äusserung zwar objektiv beleidigend ist, glaubt aber nach vernünftiger Beurteilung mit der Einwilligung des Betroffenen rechnen zu dürfen. Insofern irrt sich der Täter über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der mutmasslichen Einwilligung. Dieser Irrtum schliesst nach h.L. gemäß § 59 StGB ebenfalls den Vorsatz aus.[2)]
Die so verstandene Einverständnis-Formel führt zwar zur Straflosigkeit des Täters, der beleidigende Charakter des inkriminierten Werkes bleibt dabei aber unverändert. M.a.W., es besteht die Möglichkeit, im sogenannten objektiven Verfahren die Unbrauchbarmachung[3)] des Werkes anzuordnen. Der Bereich, in dem Kunstwerke straflos verbreitet werden können, wird dadurch nicht erweitert.

---

1) "Parallelwertung in der Laiensphäre". Vgl. Baumann, AT § 27 I 2a (S. 388f); Maurach, AT § 22 IV 4 (S.230); Mezger LB S. 328; Mezger in LK Anm. II 10 zu § 59 StGB; Mezger-Blei Stuß I § 64 I 1a (S. 186); Schönke-Schröder Anm. 30 zu § 59 StGB; Welzel, LB § 13 I 4,5 (S. 72f). Der Frage, ob nicht der enge Zusammenhang zwischen der Wertung des Täters hinsichtlich der genannten ethisch-normativen Tatumstände und seiner Wertung über die Rechtmässigkeit seines Verhaltens zur Qualifizierung seines Irrtums als Verbotsirrtum zwingt, kann hier nicht näher nachgegangen werden (vgl. hierzu Schaffstein, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Festschrift für OLG Celle, S. 175, 194f; Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, ZStW Bd. 77 S. 1 (6)).

2) Vgl. BGH 6.6.52 E 3, 105, Baumann, AT § 26 II 4 c β (S. 372f), § 27 I 4 bα (S.397f); § 27 IV 1 (S.417), Dreher-Maassen Anm. III 3 b, Mezger LK Anm. 11, Schönke-Schröder Anm.95ff, 128 jeweils zu § 59 StGB. A.A. (Verbotsirrtum) die sogenannte strenge Schuldtheorie, vgl. Maurach, AT § 25 V C 2 (S. 261f), § 38 II B 2 (S. 403f); Welzel LB § 22 III 1f (S. 162f)

3) Nicht dagegen die Einziehung, vgl. Schönke-Schröder Anm. 5 zu § 42 StGB a.F.; vgl. aber jetzt § 41 StGB i.d.F. des Gesetzes vom 24.5.1968 (BGBl I 503)

4) Rechtfertigung

Behält eine in satirische Form gekleidete Äusserung trotz entsprechender Auslegung und Wertung beleidigenden Charakter, soll sie u. U. gerechtfertigt sein. Auf den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung soll sich der Täter in der Regel allerdings nicht berufen können, denn nach vernünftiger Beurteilung könne er in diesen Fällen schwerlich mit der Einwilligung des Verletzten rechnen.[1)]

Was dagegen den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen betrifft, soll für den Künstler seine Kunst stets berechtigtes Interesse bedeuten.[2)] Daß das Grundrecht der Kunstfreiheit auf die in § 193 StGB gebotene Abwägung zwischen wahrgenommenem Interesse und Ehrverletzung einen unmittelbaren Einfluß ausübe, wird zwar nicht ausdrücklich behauptet, jedoch gesagt, daß derjenige, der in Ausnutzung der allgemeinen Freiheitsrechte bedeutende Werte schaffe oder wahre, unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sei, auch wenn er dabei weniger bedeutende Werte verletze.[3)]

Soweit Satire und Karikatur auf die öffentliche Meinungsbildung Einfluß nehmen - was ihrem Wesen regelmässig entspricht -, soll auch dieser Umstand bei der Abwägung zu berücksichtigen sein, denn das Grundrecht der Meinungsfreiheit wirke unmittelbar in die Norm des § 193 StGB hinein.[4)]

Unter diesen Voraussetzungen erfährt der Schutz von Satire und Karikatur eine zusätzliche Ausdehnung.

---

1) Vgl. Rittler SchwZStr. 47, 73 (86)

2) Kitzinger GR II S. 470

3) Noll ZStW 77, 1 (32)

4) Vgl. BVerfG 15.1.58 E 7, 198 (207ff) = NJW 1958, 257; BGH 20.1.59 E 12, 288/293); BVerfG 25.1.61 E 12, 113 (124ff) = NJW 1961, 819

III Verbreitung verfassungsverräterischer Schriften

Weiter besteht die Möglichkeit einer Kollision von Kunstwerken im verfassungsrechtlichen Sinn mit den Normen des strafrechtlichen Staatsschutzes, soweit diese publizistischen Charakter haben. In Frage kommen hierbei insbesondere die Herstellung und Verbreitung verbotener Propagandamittel (§ 86 StGB), das Verbreiten von Abzeichen verbotener Parteien (§ 86a StGB), die Verunglimpfung des Bundespräsidenten (§ 90 StGB), die Beschimpfung der Bundesrepublik usw. (§ 90a StGB), die Verunglimpfung von Verfassungsorganen (§ 90b StGB), die Beleidigung ausländischer Staatsoberhäupter (§ 103 StGB).

Trotz der Fülle der Konfliktsmöglichkeiten ist die Problematik weitgehend ohne praktische Bedeutung. An Hand der wenigen Fälle, in denen die Kunstwerkeigenschaft des inkriminierten Werkes erkannt wird[1] oder zumindest nicht von der Hand zu weisen ist,[2] lässt sich folgendes Bild gewinnen:
Ungeachtet wechselnder verfassungsrechtlicher Voraussetzungen dürfen auch hier Kunstwerke nur insoweit frei verbreitet werden, als sie nicht hochverräterischen, verfassungsverräterischen usw. Charakter haben. Die Grenzen des zugestandenen Freiheitsbereichs werden also auch insoweit mittelbar durch die den Werkcharakter kennzeichnenden Begriffe bestimmt. Da diese Begriffe selbst im wesentlichen vom Gesetzgeber umschrieben sind, unterschiedliche Begriffsbestimmungen daher nicht zu Freiheitsbereichen unterschiedlichen Umfangs führen, kann auf ihre Erörterung im einzelnen verzichtet werden.

Bei der Werkqualifikation ist zu beachten, daß der Werkcharakter von der Absicht des Urhebers unabhängig sein soll.[3]

---

1) RG 5.2.27 DJZ 1927, 800

2) BGH 13.5.60 E 14, 293 = NJW 1960, 1307 (Schallplatte mit nationalsozialistischen Reden, Liedern, Kunstwerken); 25.7.63 E 19, 63 = NJW 1963, 2034 (Film 'Jud Süß' von Veit Harlan)

3) RG und BGH aaO

D.h. eine löbliche (z.B. künstlerische) Absicht soll z.B. einem verfassungsfeindlichen Werk diese Eigenschaft nicht nehmen können. Ausgangspunkt für die Werkqualifikation soll der Inhalt sein, wie ihn ein verständiger Durchschnittsleser (-hörer, -betrachter) verstehen muß. Dies entspricht den bekannten Auslegungsgrundsätzen, durch die Kunstwerke nicht bevorzugt werden.
Was allerdings die sich anschliessende strafrechtliche Bewertung anlangt, soll - jedenfalls bei der Beurteilung staatsfeindlicher Schriften, soweit ihre mögliche politische Wirkung in Betracht kommt, - sogar der Durchschnittsmensch als Beurteiler ausscheiden, Maßstab vielmehr ausschliesslich die in § 88 Abs. 2 StGB[1] niedergelegten Grundsätze sein. Auch sollen Umstände, wie der besondere, durch das inkriminierte Werk angesprochene Personenkreis oder die besondere Art der Werkverbreitung, hier keine Berücksichtigung finden können,[2] lediglich die an früherer Stelle so bezeichnete Ganzheitsbetrachtung[3] soll auch hier geboten sein und u.U. einem Werk die verfassungsfeindliche Tendenz nehmen.[4]
Kunstwerke erfahren also insoweit keinerlei Sonderbehandlung.
Wenn das Reichsgericht formuliert: Der Fortbestand des Staates und seiner Verfassung sei wichtiger als die ungestörte Entwicklung jeder Art von Literatur und Kunst,[5] erscheint dies sogar folgerichtig.

---

1) jetzt § 92 Abs. 2 StGB in der Fassung des 8. StrafrechtsändGes vom 25.6.1968 (BGBl I S. 741)

2) BGHSt 14, 293 (296)

3) Vgl. oben S. 81

4) BGH aaO S. 295

5) DJZ 1927, 800 (803)

Teil C: Der Konflikt in § 166 StGB und seine Lösung

Kunstwerke im Sinne des Verfassungsrechts können Objekte eines Vergehens der Gotteslästerung (§ 166 1. Alt. StGB) oder der Religionsbeschimpfung (§ 166 2. Alt. StGB) sein.

Daß diese Tatbestände, die ihrer Formulierung nach eng zusammengehören, u.U. für das künstlerische Schaffen eine erhebliche Schranke darstellen können, ist seit langem erkannt.[1] De lege ferenda findet sich schon in vorkonstitutioneller Zeit die Forderung, dem künstlerischen Schaffen die ihm gebührende Freiheitssphäre zu sichern.[2] Aktuelle Verwirklichung findet diese Forderung - von der jüngsten Entwicklung abgesehen[3] - indes nicht. Vielmehr sollen beschimpfende Werke, selbst auf den Vorwurf "reaktionärer", "unmoderner" Betrachtungsweise hin, unterschiedslos eine Strafbarkeit auslösen.[4] Es findet sich sogar die Bemerkung, die "Kulturmission der Kunst" gebe kein Recht zur Gotteslästerung.[5]

Soll der Bereich sichtbar werden, in dem Kunstwerke bislang strafrechtlich unbehelligt verbreitet werden können, bedarf vorab der Klärung, wann eine Beschimpfung oder - bei der Gotteslästerung - eine Lästerung durch beschimpfende Äusserung vorliegt, denn diese Begriffe liegen nicht eindeutig fest.

---

1) vgl. Fuld, Die Gotteslästerung und das Strafgesetzbuch, Goltd. Arch. Bd. 39 (1891) S. 142 (146); Kitzinger, Die Freiheit der Wissenschaft und Kunst, Grundrechte Bd. 2 S. 449 (464)

2) Henkel, Strafrecht und Religionsschutz, ZStW Bd. 51 (1931) S. 916 (922) bezügl. E 1927

3) vgl. unten S. 120ff

4) vgl. Bruns, Die Religionsvergehen, Strafr.Abh. Heft 301 S. 59

5) v. Hippel, Lehrbuch S. 364, Fußnote 5

I Die künstlerische Äusserung als beschimpfende Äusserung

1) Lästerung und Beschimpfung

Bei der Gotteslästerung besteht die strafbare Tätigkeit im"Lästern", bei der Religionsbeschimpfung im "Beschimpfen". Da eine Lästerung allerdings nur in beschimpfenden Äusserungen erfolgen kann, setzt jede nähere Bestimmung der Begriffe voraus, daß sie zueinander ins Verhältnis gesetzt werden.
Selten nur wird die Lästerung als historischer Ausdruck für die Beschimpfung Gottes verstanden und daraus die Synonymie der Begriffe gefolgert.[1)]
Gewöhnlich werden Lästerung und Beschimpfung dem Grade nach geschieden: Beschimpfung soll mehr als Lästerung und damit der engere Begriff sein. Danach ist eine Lästerung ohne Beschimpfung denkbar, nicht aber eine Beschimpfung ohne Lästerung.[2)]

Eine Lästerung, die nur in beschimpfenden Äusserungen erfolgen soll, ist letztlich stets eine Beschimpfung. Das Wort lästern verliert damit im wesentlichen seine Funktion bei der Umschreibung tatbestandsmässigen Verhaltens.

Lästern soll bedeuten: in schmähsüchtiger Weise etwas Verächtliches über Gott aussagen, der Heiligkeit und Ehre Gottes Abbruch tun.[3)]
Keine Lästerung soll dagegen die sachliche Ableugnung göttlicher Existenz, das Bekämpfen des im Gesetz vorausgesetzten Gottesbegriffs, der bloße Missbrauch des Gottesnamens zum Fluchen oder Schwören

---

1) Moser, Religion und Strafrecht, Strafr.Abh. Heft 110 S.91

2) Ahrens, Der strafrechtliche Schutz des religiösen Gefühls, Strafr. Abh. Heft 159 S. 49f; Ettinger, Zur Lehre von den Religionsvergehen, Strafr. Abh. Heft 203 S. 62; Niethammer, BT S. 112; Schlitt, Die Religionsvergehen (Diss.) S.48; vielfach ist diese Auffassung stillschweigend vorausgesetzt.

3) RG 11.1.27 E 61, 151 (153)

sein.[1]
Ein so verstandener Lästerungsbegriff kann nur zu einer ersten Ausgrenzung nichttatbestandsmässigen Verhaltens dienen. Im hier interessierenden Zusammenhang ist er ohne Belang. Die Frage, welche Kunstwerksinhalte eine Strafbarkeit auslösen können, entscheidet sich, sowohl was den Tatbestand der Gotteslästerung als den der Religionsbeschimpfung anlangt, allein am Beschimpfungsbegriff.
In beiden Tatbeständen hat der Begriff denselben Inhalt.[2]

2) Der Begriff der Beschimpfung

Die Bestimmung des Beschimpfungsbegriffs hat der Rechtsprechung und Rechtslehre nicht geringe Schwierigkeiten bereitet.
Vielfach wird vorab klarzustellen versucht, in welchen Fällen eine Beschimpfung noch nicht vorliegt. Insofern soll einmal wissenschaftliche Kritik, selbst in strengster, abfälligster Form nicht beschimpfend sein,[3] zum andern sollen weder Geringschätzung und Spott genügen, noch bloße Leichtfertigkeiten, Sarkasmen und Frivolitäten, seien sie auch in glatteste, feinste Form

---

1) Binding, Lehrbuch, BT Bd. 1 S. 179; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 4 zu § 166 StGB; Hardwig, Die Behandlung der Vergehen, die sich auf die Religion beziehen, in einem künftigen deutschen Strafgesetzbuch, GA 1962, 257 (270); Jagusch in LK Anm. II b zu § 166 StGB; Kahl, Religionsvergehen, VDB III S. 35; Kohler, Studien I S. 167; Löffler, PresseR Anm. 4f zu § 166 StGB; Maurach, BT § 47 II A 2 (S. 371); Mezger-Blei, StuB II § 87 II 3 (S. 311); Niethammer, BT S. 112; Schlitt, Diss. S. 48; Schönke-Schröder Anm. 4; Schwarz-Dreher Anm. 1 B jeweils zu § 166 StGB

2) Ettinger aaO S. 65 Anm. 2, S. 71 Anm. 1; Frank Anm. II a.E. zu § 166 StGB; Maurach, BT § 47 II B 2 (S. 372); Mezger-Blei, StuB II § 87 III 1 (S. 312); Jagusch in LK Anm. III e; Schönke-Schröder Anm. 17 jeweils zu § 166 StGB

3) Ahrens aaO S. 47; Hardwig GA 1962, 257 (270); Jagusch in LK Anm. III e zu § 166 StGB; Kohler, Studien I S. 168; Kohlrausch, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften S. 54ff; Liszt-Schmidt, LB § 118 I (S.577); Schlitt, Diss. S. 54; Wach, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, DZfKirchR 3. Folge, Bd. 2 S. 161 (171); Welzel, LB § 65 I (S. 428)

gekleidet.[1]
Was unter Beschimpfung positiv verstanden werden soll ist damit allerdings noch wenig deutlich. Zwar ist man sich darin einig, die Beschimpfung als eine qualifizierte Form der Beleidigung zu sehen.[2] Insofern soll Beschimpfung nicht nur Kundgabe von Mißachtung, sondern rohe, verletzende Kundgebung der Mißachtung,[3] nicht bloß Mangel an Achtung, sondern Ausdruck der Verachtung sein.[4]

---

1) Kahl, VDB Bd. 3 S. 36; ders., Störung des religiösen Friedens, Festschrift für Brunner S. 231 (244); Jagusch in LK Anm. II c, III e; Löffler, PresseR, Anm. 4f (S.547); Olshausen Anm. 3 jeweils zu § 166 StGB; Schlitt, Diss. S. 54; Schwarz-Dreher Anm. 1 B zu § 166 StGB; RG 7.5.74 E 5, 354 (357); 21.2.84 E 10, 146 (148); 6.8.95 E 27, 284 (285); 5.11.98 E 31, 305 (306); a.A. bezüglich des Verspottens und Verhöhnens W. Schilling, Gotteslästerung strafbar ? S. 132ff; vgl. insoweit auch den Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962, Begründung zu § 187 (S.343)

2) Ahrens aaO S. 50; Ettinger aaO S. 62; Frank Anm. I zu § 166 StGB; Henkel ZStW 51, 916 (946); Höpler, Störung des religiösen Friedens, Reform des Strafrechts S. 268 (270); Kahl, Religionsvergehen, VDB Bd. 3 S. 45; ders., Brunner-Festschrift S. 231 (244); Kern, Äusserungsdelikte S. 17; Kohlrausch aaO S. 57; Kohlrausch-Lange Anm. II zu § 166 StGB; Sauer, System S. 538; RG 11.3.82 E 6, 88 (90); 21.2.84 E 10, 146 (147); 9.10.92 E 23, 103 (104); 5.11.98 E 31, 305 (307)

3) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 2; Frank Anm. I jeweils zu § 166 StGB; v. Hippel, LB S. 363; Jagusch in LK Anm. II c; Löffler, PresseR, Anm. 4f jeweils zu § 166 StGB; Mezger-Blei, StuB II § 87 II 3 (S. 311); Olshausen Anm. 3; Schönke-Schröder Anm. 5; Schwarz-Dreher Anm. 1 B jeweils zu § 166 StGB; Welzel § 65 I (S. 428); RG 27.3.00 E 33, 221 (222); 11.1.27 E 61, 151 (153)

4) Jagusch in LK Anm. II c zu § 166 StGB; Jauck, Über strafrechtlichen Schutz des religiösen Empfindens, ZStW 24, 349 (360); Kahl, VDB Bd. 3 S. 45, Brunner-Festschrift S. 231 (244); RG 13.12.79 R 1, 143 (149); 21.2.84 E 10, 146; 24.11.91 E 22, 238 (240); 28.4.98 E 31, 133 (134)

Unklar bleibt aber, welches spezielle Kriterium die Beschimpfung über die bloße Beleidigung hinausheben soll.

Genannt werden als Merkmale der "schimpfliche Inhalt", die "rohe Form" und die "schimpfliche Absicht", die einzeln oder kumuliert die Beschimpfung sollen charakterisieren können.
Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

a) Schimpflicher Inhalt

Eine Beschimpfung soll einmal vorliegen, wenn der Inhalt einer Äusserung (gleichgültig, ob Tatsache oder Werturteil) gemein,[1] verächtlich,[2] abfällig,[3] in roher Weise herabwürdigend,[4] besonders ehrenrührig,[5] ungeheuerlich[6] oder schlicht schimpflich sei.[7]

Ob ein Inhalt ein solches Attribut verdient, soll vom Bezugsobjekt der Äusserung nicht unabhängig sein. So wird gesagt, die Grenze zwischen beleidigender und beschimpfender Äusserung werde umso leichter überschritten, je verehrungswürdiger den Mitgliedern der betroffenen Religionsgesellschaft die Einrichtung sei, über die ein Werturteil abgegeben werde.[8]

---

1) Binding, Lehrbuch, BT Bd. 1 S. 179, 181

2) Bruns aaO S. 49f; Kahl, VDB Bd. 3 S. 45, Brunner-Festschrift S. 231 (244); Kern, Äusserungsdelikte S. 17; Jagusch in LK Anm. III e zu § 166 StGB

3) RG 20.6.21 E 56, 128 (129)

4) RG 11.2.27 E 61, 151 (153)

5) Jagusch in LK Anm. II c zu § 166 StGB; RG 10.11.33 E 67, 373 (375) = JW 1934, 424 m. Anm. Kern; BGH 8.5.56 GA 1956, 316

6) Maurach, BT § 47 II A 2 (S. 371)

7) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 2; Olshausen Anm. 3; Schönke-Schröder Anm. 5; Schwarz-Dreher Anm. 1 B jeweils zu § 166 StGB; RG 2.6.96 E 28, 403 (405); 5.11.98 E 31, 305 (307); 27.2.30 E 64, 121 (127f)

8) RG 10.11.33 E 67, 373 (375)

Eine Beschimpfung dokumentiere sich überall da, wo das Hochzuachtende oder gar zu Verehrende als der Hochachtung und Verehrung unwert dargestellt, oder einem gemeinen, oder sonst allgemein mit Geringschätzung angesehenen Dinge gleichgestellt werde. Mit gemeinen, niedrigen, trivialen oder gemeiniglich ganz gering geachteten Dingen oder Verhältnissen dürften Personen, die die vollste Hochachtung oder Ehrerbietung verdienten, nicht in Verbindung gebracht werden, schon gar nicht das allerheiligste, allerhöchste Wesen.[1)]

Im Ergebnis bedeutet dies die Bestrafung desjenigen, der vom Heiligen wie vom Unheiligen redet.[2)]

Zwar soll es der dichterischen Rede noch am ehesten gestattet sein, Gott gleich einem Menschen handeln und empfinden zu lassen, ja ihn sogar - wie in manchen Märchen und Legenden - mit gewissen menschlichen Schwächen behaftet darzustellen,[3)] insgesamt ist der Bereich freier dichterischer Themenwahl dadurch aber nicht unerheblich verkürzt. Selbst die Wahl eines dichterischen Vergleichs muß mit Vorsicht geschehen.[4)] Was die Bildkunst anlangt, ist es unmöglich " die den Gegenstand der Verehrung bildende göttliche Gestalt in einer schimpflichen Lage oder in einer schimpflichen Tätigkeit oder so abzubilden, daß eine in der religiösen Kunst übliche Darstellung durch Abänderungen einen das religiöse Gefühl abstossenden Inhalt erhält."[5)]

---

1) RG 17.6.97 E 30, 194 (196); vgl. auch Hardwig, GA 1962, 257 (270)

2) Kohlrausch aaO S. 70

3) RGSt 30, 194 (197)

4) RG 11.2.27 E 61, 151 (153)

5) RG 27.2.30 E 64, 121 (127f)

b) Rohe Form

Daneben soll die äussere Form des sprachlichen oder sonstigen Ausdrucks einer Äusserung den Stempel des Schimpflichen aufdrücken können.

So ist das Reichsgericht ursprünglich der Meinung, eine Äusserung werde nicht durch ihren Inhalt, sondern allein durch ihre besonders verletzende, rohe Form zur beschimpfenden.[1] Selbst der Fall, in dem eine an sich schimpfliche Tatsache in einer weniger rohen Form nicht ausgedrückt werden kann, wird mit Hilfe dieses Kriteriums erfasst.[2] Nach Anerkennung des "schimpflichen Inhalts" als den Beschimpfungsbegriff selbständig kennzeichnendes Merkmal[3] soll das Kriterium der rohen Form allerdings nur noch rein formale Verstösse gegen den Ausdruck umschreiben.

So verstanden ist die "rohe Form" selbständig, oder kumulativ mit dem "schimpflichen Inhalt", als zur Kennzeichnung des Beschimpfungsbegriffs maßgebliches Kriterium allgemein anerkannt.[4]

---

1) RG 21.2.84 E 10, 146; 13./20.2.93 E 24, 12 (21); 18.3.95 Goltd.Arch. Bd. 43, 49 (50); 8.6.95 E 27, 284 (285)

2) RG 2.6.96 E 28, 403 (405); vgl. dazu die Kritik Kohlrauschs aaO S. 68ff

3) ab RG 11.2.27 E 61, 151 (153)

4) selbständig: Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 2; Frank Anm. I jeweils zu § 166 StGB; Hardwig, GA 1962, 257 (270); v. Hippel, LB S. 363, Fußnote 9; Jagusch in LK Anm. II c; Kohlrausch-Lange Anm. II, Lackner-Maassen Anm. 2 b; Löffler, PresseR, Anm. 4 f jeweils zu § 166 StGB; Moser aaO S. 91ff; Niethammer, BT S. 112; Olshausen Anm. 3 zu § 166 StGB; Sauer, System S. 538; Schlitt, Diss. S. 54; Schönke-Schröder Anm. 5 zu § 166 StGB; BayObLG 15.12.54 E 1954, 144 (146); auch kumulativ: Henkel, ZStW 51, 916 (945); Liszt-Schmidt, LB S. 577, Fußnote 3; Mezger-Blei StuB II § 87 II 3 (S. 311); Schwarz-Dreher Anm. 1 B zu § 166 StGB; OLG Hamburg 5.3.62 GA 1962, 345 (ebenso charakterisiert die Rechtsprechung den Beschimpfungsbegriff in § 8 Ziff. 1 RepSchG und dem § 96 Abs. 1 Ziff. 1 StGB.) Vgl. RGSt 57, 185; RG JW 1924, 1751; RGSt 61, 308; 65, 422 (423); BGHSt 7, 110 = MDR 1955, 243; BGH NJW 1961, 1932; BGH JZ 1963, 402 (403))

Zwar wird behauptet, eine Form als solche könne niemals roh sein.[1] Daran ist soviel richtig, daß die Qualifizierung einer Form als roh nicht auf Grund bloßer Formbetrachtung erfolgen kann. Wird aber ein Bezug zum angegriffenen Objekt hergestellt, ist ohne weiteres deutlich, daß auch eine Form an sich u.U. das Attribut "roh" verdient.

Gegen die rohe Form als Kriterium des Beschimpfungsbegriffs wird weiter eingewandt, es führe zur Bestrafung einer Verletzung des guten Tons,[2] d.h., es umschreibe einen zu ausgedehnten Beschimpfungsbegriff. Ein weitgefasster Beschimpfungsbegriff beschneidet aber den Bereich freier Verbreitungsmöglichkeit für Kunstwerke. Dies ist in nicht geringem Umfang der Fall. Wenn das Reichsgericht glaubt, aus der Form eines Kunstwerks (Art der Darstellung, zeichnerische Technik, Stil des Bildes) für sich allein eine Beschimpfung nicht feststellen zu können,[3] heisst dies nicht, daß eine künstlerische Form niemals rohe Form sein kann. Die Qualifikation einer künstlerischen Form als "roh" setzt nur auch hier den Bezug zum angegriffenen Objekt voraus.[4] Mit der Möglichkeit, daß auch eine künstlerische Form "roh" sein kann, ist aber der Künstler schon in der Wahl der Darstellungsform, der künstlerische Freiheitsbereich daher nicht unerheblich eingeschränkt.

---

1) Beling, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften S. 15f; Kohlrausch-Lange Anm. II zu § 166 StGB

2) Beling, Beschimpfung S. 9; Kohlrausch aaO S. 86; Schlitt, Diss. S. 54;

3) Urt. v. 5.11.31 DJZ 1931, 1565 (1567)

4) Aus dem Bezug Form-Inhalt lässt sich eine Beschimpfung dagegen nicht erkennen. Dem dargestellten Inhalt kann durchaus die ihm gemässe Form gegeben sein.

c) Schimpfliche Absicht

Verschiedentlich wird auf versucht, Kriterien für den Beschimpfungsbegriff in der Willensrichtung des Täters zu erkennen.

Insofern soll eine Beschimpfung nur dann vorliegen, wenn der Täter mit einer über den gewöhnlichen Vorsatz hinausgehenden gemeinen Absicht handelt, wenn die Erwartung der schimpflichen Wirkung Motiv zur Tat ist,[1] wenn die Äusserung aus Übermut,[2] roher Gesinnung,[3] böswilliger (verwerflicher, schimpflicher) Absicht[4] erfolgt, oder der Wille zum Ausdruck kommt, herabzuwürdigen, schnöde Verachtung zu bezeigen, das, was anderen hoch und heilig ist, ins Gemeine herabzuziehen.[5]

Auch das Reichsgericht streift gelegentlich die subjektive Tatseite, wenn es in der destruktiven Richtung,[6] in der Roheit der Gesinnung, in dem frechen Bestreben, das Hochzuachtende in den Staub zu ziehen[7] das ausschlaggebende Kriterium sieht. Diese Meinungen lassen sich nur so verstehen, daß bei Vorliegen löblicher Absichten und Tendenzen eine Äusserung trotz objektiv schimpflichen Inhalts und (oder) roher Form niemals beschimpfend sein kann. Gegenüber dem durch die Kriterien "schimpflicher Inhalt" und (oder) "rohe Form" umschriebenen Beschimpfungsbegriff ist also der durch die "schimpfliche Absicht" gekennzeichnete deutlich der engere.

---

1) Ahrens aaO S. 54

2) Villnow, Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen, Gerichtssaal Bd. 31 S. 509 (527)

3) Welzel, LB § 65 I (S. 428)

4) Moser aaO S. 91

5) Wach, DZfKirchR 3. Folge Bd. 2 S. 161 (171)

6) Urt. v. 9.5.92 E 23, 103 (104)

7) Urt. v. 17.6.97 E 30, 194 (196)

Ähnlich eingeengt versteht Beling[1] den Beschimpfungsbegriff. Auch er ist der Meinung, die Beschimpfung setze eine gemeine, niedere Gesinnung voraus, denn beschimpfen könne man nur Dinge, die man nicht kraft eigener religiöser Überzeugung für gottlos halte.[2] Ins Objektive gewendet bedeutet dies: Beschimpfung ist nicht schon die Profanierung des Heiligen, sondern erst seine Behandlung als widerheilig.[3]

An dieser Stelle geht es nicht darum, welcher Fassung des Beschimpfungsbegriffs der Vorzug zu geben ist. Es ist lediglich festzustellen, daß der durch das Kriterium der schimpflichen Absicht o.ä. charakterisierte Begriff als der engere Begriff Kunstwerken einen grösseren Freiheitsbereich belässt.

Privilegiert werden Kunstwerke durch diese Begriffsfassung allerdings nicht. Dies wäre allenfalls dann der Fall, wenn sich schimpfliche und künstlerische Absicht gegenseitig ausschlössen. Dies anzunehmen verbietet aber jede sich von der idealistischen Tradition entfernende Kunstauffassung.

d) Zusammenfassung

Mit der Skizzierung des Beschimpfungsbegriffs ist mittelbar der Bereich verdeutlicht, in dem Kunstwerke im Hinblick auf die Straftatbestände der Gotteslästerung und der Religionsbeschimpfung unbehelligt verbreitet werden können. Fälle, in denen die künstlerische Gestaltung eines Werkes mit beschimpfendem Inhalt eine Strafbarkeit deshalb ausgeschlossen hätte, weil - entsprechend der bei Werken mit unzüchtigem Inhalt geübten Praxis[4] - der dargestellte Inhalt bis zu dem Grade veredelt, vergeistigt oder verklärt war, daß

---

1) Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften
2) aaO S. 13f und Rechtsprechungsbericht ZStW 18, 267 (285)
3) vgl. aaO S. 8, 10, 12
4) vgl. oben S. 85ff

für ein natürliches ästhetisches Gefühl jedes Unlustgefühl durch die interesselose Freude am Schönen zurückgedrängt worden wäre, sind nicht bekannt geworden, obwohl die Voraussetzungen zu einer entsprechenden Behandlung auch bei Kunstwerken mit beschimpfendem Inhalt vorgelegen hätten. Auch sonst finden keine Umstände Berücksichtigung, die einem an sich beschimpfenden Werk diese Eigenschaft nehmen könnten.

Der Kunstwerken insoweit eingeräumte Freiheitsbereich findet also seine Schranken starr vor dem Strafgesetz. Den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen ist damit nicht genügt. Ohne auf diese Voraussetzungen an dieser Stelle näher einzugehen, muß lediglich daran erinnert werden, daß die Strafgesetze absolute Schranken des verfassungsrechtlichen Freiheitsrechts niemals sein können,[1] um darzutun, daß der strafrechtliche Freiheitsbereich eine Erweiterung erfahren muß, soll den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen Rechnung getragen werden. Die Frage nach dem Umfang dieser Erweiterung sei dabei zunächst zugunsten der Frage nach dem dabei einzuschlagenden Weg zurückgestellt.

Es liegt nahe, die Erweiterung des strafrechtlichen Freiheitsbereichs durch entsprechende Einengung des Beschimpfungsbegriffs zu bewirken.
Zu diesem Zweck empfiehlt es sich allerdings nicht, die Kriterien "schimpflicher Inhalt" bzw. "rohe Form" abzuwandeln, denn sollen zukünftig nur noch die besonders krassen Fälle schimpflichen Inhalts und roher Form beschimpfend sein, gibt die Feststellung im Einzelfall kaum geringere Schwierigkeiten auf als bisher, muß es jetzt doch endgültig gelingen, begrifflich über bloßes "Beleidigen" hinauszugelangen.[2] Ein weiterer Ansatzpunkt, den Beschimpfungsbegriff einzuengen, ergibt sich aus dem Umstand, daß es sich um einen sog. "wertausfüllungsbedrüftigen" Begriff handelt.[3] Verändern lassen sich solche Begriffe durch

---

1) vgl. oben S. 68f
2) vgl. Kohlrausch aaO S. 86
3) Engisch aaO S. 123f

durch Veränderung des der Wertung zugrundeliegenden Maßstabs; ist Objekt der Wertung eine Äusserung, mittelbar auch durch Veränderung des Auslegungsmaßstabs.

Diesen Weg geht die moderne Rechtsprechung und die ihr folgende Literatur.

II Restriktion des Beschimpfungsbegriffs durch modifizierten Beurteilungsmaßstab

1) Vorbemerkung: Der Beschimpfungsbegriff als wertausfüllungsbedürftiger Begriff

Ob eine Äusserung beschimpfend ist, lässt sich auf Grund einfacher sinnlicher Wahrnehmung, bzw. darauf gründender Erfahrung, nicht erkennen. Einer derartigen Prädikatisierung geht vielmehr ein Werturteil voraus, das einen bestimmten - hier negativen - Charakter trägt. Eine negative Wertung setzt wiederum einen positiven Wert als Bezugspunkt logisch voraus. Im vorliegenden Fall war dieser Bezugswert für den Gesetzgeber Anlaß zur Normsetzung. Er ist also mit dem geschützten Rechtsgut identisch.[1)]
Das in einem strafgesetzlichen Tatbestand geschützte Rechtsgut lässt sich im Wege der Auslegung nach den allgemeinen Regeln ermitteln.[2)] Dem steht nicht entgegen, daß das Rechtsgut seinerseits Richtpunkt für die Auslegung des betreffenden Tatbestands ist.

Das Gesetz nennt als Objekt der Beschimpfung bei der Gotteslästerung "Gott", bei der Religionsbeschimpfung die "christlichen Kirchen", oder "andere im Staate bestehende Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts", bzw. deren "Einrichtungen" und "Gebräuche" und gibt damit Anhaltspunkte, aus denen sich das geschützte Rechtsgut, auf einfachste, kürzeste Formel gebracht,[3)] erkennen lässt.

---

1) vgl. Armin Kaufmann, Normentheorie S. 69ff

2) Mezger, LB S. 201

3) Mezger, LB S. 200; a.A. Schönke-Schröder Vorbem. 21 vor § 1 StGB

Bei der Gotteslästerung ist niemals Gott selbst, gleichgültig ob er als das allen monotheistischen Religionen gemeinsame höchste Wesen,[1] oder ob er allein als das von den christlichen Kirchen und den anderen geschützten Religionsgesellschaften verehrte höchste Wesen verstanden wird,[2] geschütztes Rechtsgut, denn seit der Aufklärung ist die Auffassung selbstverständlich, daß die Gottheit des unzulänglichen weltlichen Schutzes nicht bedarf.[3] Geschützt ist vielmehr der hinter dem Göttlichen sichtbar werdende allgemein humane Wert des Religiösen.[4]

Bei der Religionsbeschimpfung gestaltet sich die Ermittlung des geschützten Rechtsguts ungleich schwieriger. Anhaltspunkte sind die tatbestandlich vorgegebenen Merkmale. Diese sind durch eine vordergründige Interpretation leicht mißzuverstehen. So sind "Kirche" und "Religionsgesellschaft" nicht allein im korporativen Sinne zu verstehen, denn eine Religionsgesellschaft ist mehr als die Summe ihrer Bekenner. Ebensowenig sind unter "Einrichtungen" und "Gebräuchen" allein die äusseren Erscheinungsformen zu verstehen. Bei all diesen Merkmalen tritt ein ideell geistiges Element hinzu, d.h. sie erscheinen als Ausprägungen eines dahinterstehenden gemeinsamen ideellen Werts.

---

1) Binding, Lehrbuch, BT I S. 179; Kohler, Studien I S. 167; Mezger-Blei StuB II § 87 II 2 (S. 311); Schönke-Schröder Anm. 4 zu § 166 StGB

2) Im Anschluß an RG 3.3.82 E 6, 77 (78): Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 3 zu § 166 StGB; Ettinger aaO S. 67; Frank Anm. I; Jagusch in LK Anm. II ; Olshausen Anm. 2 jeweils zu § 166 StGB; W. Schilling aaO S. 126f; Schwarz-Dreher Anm. 1 A zu § 166 StGB; Welzel § 65 I (S. 428)

3) Einen umfassenden Überblick über die historische Entwicklung der Religionsdelikte bieten: Ettinger aaO S. 1 - 42; Kahl VDB Bd. 3 S. 9 - 18; Kohlrausch aaO S. 9 - 36

4) Dies bedeutet nicht, daß das Wort "Gott" als Tatbestandsmerkmal entbehrlich wäre. Vgl. W. Schilling aaO S. 112, 115

Von diesem Ansatz aus zeigt sich, daß geschütztes Rechtsgut niemals der religiöse Friede, die Kirche usw. sein kann, sondern ebenfalls nur der - allgemein verstandene - Wert des Religiösen.[1)]

Wer jedoch glaubt, im Religiösen unmittelbar das in den Tatbeständen der Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung geschützte Rechtsgut und damit den Bezugswert für den Beschimpfungsbegriff gefunden zu haben, sieht sich enttäuscht.

Ideelle Werte sind nicht in der gleichen unmittelbaren Weise gegeben wie Gegenstände der Wahrnehmung,[2)] faßbar werden sie erst durch einen Erkenntnisakt i.w.S. Praktische Werterkenntnis ist stets den Möglichkeiten menschlicher Werterfahrung unterworfen.

Insofern werden Werte nicht durch reine Erkenntnisakte i.e.S., sondern in erster Linie durch emotionale Reaktionen, d.h. durch Gefühlsakte bewusst, die allerdings durch wiederholte Erfahrung und Vergleichung einen i.e.S. erkenntnismässigen Charakter gewinnen können.[3)] Wahrnehmbar sind Werte primär aber als bloße Gefühle.

Nur in der durch seine Wahrnehmbarkeit bedingten Form kann ein Wert durch ein Strafgesetz praktisch geschützt sein und vom Rechtsanwender als Bezugswert in ein Werturteil eingesetzt werden.

Das in den beiden ersten Tatbestandsalternativen des § 166 StGB geschützte Rechtsgut und damit der Bezugswert für den Beschimpfungsbegriff ist daher allein das "religiöse Gefühl", womit sich die hier vertretene Meinung im Einklang

---

1) ähnlich Hardwig, GA 1962, 257 (269f)
2) Larenz, Methodenlehre S. 217
3) Larenz aaO

mit der wohl herrschenden Ansicht befindet.[1)]

---

1) bezüglich Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung vgl. Allfeld, LB S. 501; Baumann, AT § 12 II 3 b (S.123); Binding, Lehrbuch BT I S. 177; Bohne, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 5, Stichwort Religionsdelikte (S. 62); Mezger-Blei, StuB II §87 I (S. 310)(mitgenannt ist die religiöse Freiheit); Noll, ZStW 77, 1 (32); E 1962, Begründung S. 343; RG 2.6.96 E 28, 403 (407); 7. 5.29 JW 1929, 3385; 27.2.30 E 64, 121 (125); lediglich bezüglich Gotteslästerung vgl. Ahrens aaO S. 29; Beling, Beschimpfung S. 18; Feder, Die Religionsvergehen, Festschrift für Franz von Liszt S. 54 (64); Frank Anm. I zu § 166 StGB; Fuld, Goltd.Arch. Bd. 39 S. 142 (143); Henkel ZStW 51, 916 (925); v. Hippel, LG S. 363" Jagusch in LK Anm. II a zu § 166 StGB; Jauck ZStW 24, 349 (361); Liszt-Schmidt, LB S. 576; Löffler, PresseR, Anm. 1 A jeweils zu § 166 StGB; Maihofer, Die Gotteslästerung, in: Die deutsche Strafrechtsreform S. 173; Maurach, BT § 47 II A 1 (S. 370); Schönke-Schröder Anm. 2; Schwarz-Dreher Anm. 1 A jeweils zu § 166 StGB; Welzel, LB § 65 I (S. 428); RG 3.3.82 E 6, 77 (80); 10.10.87 E 16, 245 (248); 20.6.21 E 56, 128 (129); OLG Hamburg 5.3.62 MDR 1962, 594; a.A.: religiöser Friede: Kahl VDB Bd. 3 S. 84ff (de lege ferenda bezügl. Religionsbeschimpfung); Lackner-Maassen Anm. 1 zu § 166 StGB; Maurach, BT § 47 II B 1 (S. 371) (bezüglich Religionsbeschimpfung); Olshausen Vorbem. 1 vor § 166 StGB; W. Schilling aaO S. 113ff (bezüglich Gotteslästerung); Schlitt, Diss. S. 28; Welzel, LB § 65 II (S. 428) (bezüglich Religionsbeschimpfung); Religion: Kahl, VDB Bd. 3 S. 84ff (de lege ferenda bezüglich Gotteslästerung); ders., Strafrechtsreform und Religionsschutz, Frank - Festgabe Bd. 2 S. 287 (302) (de lege ferenda); ders., Brunner - Festschrift S. 231 (240); Kohler, Strafrechtlicher Religionsschutz, Goltd.Arch. Bd. 54 S. 239 (bezügl. Religionsbeschimpfung); ders., Studien I S 162ff;Moser, Strafr.Abh. Heft 110 S. 67ff, 76, 79 (bezügl. Gotteslästerung); Reichel, Der Leipziger Tolstoi-Prozeß, DZfKirchR 3. Folge, Bd. 13 S. 104 (119); Religionsgesellschaft (bezüglich Religionsbeschimpfung): Feder, v. Liszt-Festschrift S. 54 (65); Frank Anm. II zu § 166 StGB; v.Hippel, LB S. 363; Jagusch in LK Anm. III a zu § 166 StGB; Jauck, ZStW 24, 349 (358); Löffler, PresseR Anm. 8 zu § 166 StGB; Ott, Ist die Strafbarkeit der Religionsbeschimpfung mit dem Grundgesetz vereinbar?, NJW 1966, 639; W. Schilling aaO S. 139; Schönke-Schröder Anm. 13; Schwarz-Dreher Anm. 2 A jeweils zu § 166 StGB; RG 27.6.07 E 40, 262 (264); OLG Hamburg 5.3.62 MDR 1962,594; vgl. noch (bezügl. Religionsbeschimpfung): Henkel, ZStW 51, 916 (943) (religionsgesellschaftliche Ehre); vgl. auch Rissom, Die Beschimpfung im Kampf der Konfessionen, DZfKirchR, 3. Folge, Bd. 15 S. 448 (458) (Freiheit der religiösen Lebensbetätigung); Sauer, System S. 531f (sozialethische, auf gemeinsamen religiösen Wertanschauungen der Kulturgemeinschaft bestehende Ordnung); Wach, DZfKirchR 3. Folge, Bd. 2 S. 161 (167) (freie Entfaltung des religiösen Gemeinschaftslebens)

"Religiöses Gefühl" soll bedeuten: subjektive Religiosität[1], das Gefühl der seelischen Erhebung zu Gott und göttlichem Willen und Walten,[2] das von der Vorstellung des Daseins Gottes oder der Abhängigkeit von Gott bedingte Gefühl,[3] die gemütlich betonte Überzeugung von einer über den Menschen stehenden Weltordnung,[4] das die persönliche Hingabe an die ewigen und höchsten Werte begleitende Gefühl.[5]

Es kann danach zusammenfassend als der durch einen religiösen Vorstellungsakt ausgelöste und ihn begleitende gehobene seelische Zustand verstanden werden. Ob ein so verstandenes religiöses Gefühl fachpsychologisch den Stimmungen, Erlebnistönungen, Gefühlen oder Affekten zuzuordnen ist, kann dahinstehen, denn ebensowenig wie der allgemeine Sprachgebrauch unterscheidet der daran anknüpfende Rechtsbegriff zwischen einer sich zeitlich entfaltenden Gefühlsregung und dem relativ beharrenden Zustand eines religiösen Lebensgefühls.[6]

Das der Feststellung einer Beschimpfung vorausgehende Werturteil gibt deshalb Schwierigkeiten auf, weil auch der zu beurteilende Sachverhalt zum "religiösen Gefühl" als Bezugswert in kein verstandesmässig zu beurteilendes Verhältnis gebracht werden kann.

---

1) Kohlrausch aaO S. 92

2) Beling, Beschimpfung S. 23

3) Glaser, Die Religionsdelikte, ZStW 33, 825 (828)

4) v. Liszt-Schmidt, LB S. 576

5) Sauer, System S. 532

6) Über die Bedeutung des Begriffs "Gefühl" im allgemeinen Sprachgebrauch vgl. Volkelt, Versuch über Fühlen und Wollen S. 3ff

Ist Bezugswert ein blosses Gefühl, sind daran anknüpfende Werturteile blosse Reflexionsurteile über ein Gefühl.

Werturteile gehen in der Regel dahin, ob ein Sachverhalt dem Bezugswert entspricht oder widerspricht, entweder "wertvoll" oder "wertwidrig" ist.[1)]
Ist Bezugswert ein Gefühl, kann das daran anknüpfende Werturteil dahingehen, ob ein Sachverhalt "gefühlsadaequat" oder "gefühlsverletzend" ist.

Daraus erhellt, daß im vorliegenden Fall eine Beschimpfung immer dann vorliegt, wenn das religiöse Gefühl verletzt ist. "Verletzung des religiösen Gefühls" besagt also, daß ein Sachverhalt dem religiösen Gefühl widerspricht. Dieser Widerspruch tut sich durch das Auftreten eines neuen eigenständigen Unlustgefühls dem Beurteiler kund.[2)] Das religiöse Gefühl selbst erfährt dadurch keine Veränderung.[3)] Es ist daher kein Widerspruch, wenn gelegentlich behauptet wird, das religiöse Gefühl sei unverletzlich.[4)] Von "Gefühlsverletzung" zu sprechen ist also terminologisch ungenau. Treffender wäre die Verwendung des identischen Begriffs "Ärgernis",[5)] der allerdings, da es sich um ein "Ärgernis" auf religiösem Gebiet handelt, dahingehend präzisiert werden müsste. Da jedoch der Begriff des Ärgernisses, insbesondere was die Intensität des dadurch gekennzeichneten Unlustgefühls anlangt, selbst nicht fest umrissen ist, wird im folgenden die erkannte Schwäche der

---

1) vgl. Larenz, Methodenlehre S. 216

2) ähnlich Glaser ZStW 33, 825 (833): "Eine "Verletzung" lässt sich bei sinnlich nicht fassbaren Rechtsgütern nur als Wertwidrigkeit denken. Diese zeigt sich als "Gefühlswidrigkeit", als Unlustgefühl."

3) Hinsichtlich seiner Intensität ist diese Annahme nicht unbestritten. Vgl. Feder, v. Liszt-Festschrift S. 54 (65); Kohlrausch aaO S. 93; Schlitt, Diss. S. 23

4) Glaser ZStW 33, 825 (833); Kahl VDB Bd. 3 S. 83; Moser, Strafr.Abh. Heft 110 S. 72

5) zur Identität vgl. Ahrens aaO S. 29

üblichen Terminologie bewusst in Kauf genommen und weiterhin vom religiösen Gefühl und seiner Verletzung gesprochen.

Wie jedes Gefühl ist auch das religiöse Gefühl in höchstem Maße abhängig von menschlicher Individualität.[1] Schon hinsichtlich der Voraussetzungen jeden Gefühlserlebnisses, wie Erlebnisfähigkeit, Erlebnistiefe, ergeben sich Unterschiede.[2] Aber nicht nur weil das religiöse Gefühl verschieden, sondern auch weil als religiöses Gefühl Verschiedenes erlebt wird, sind Differenzen möglich. So können verschiedene Gottesvorstellungen das religiöse Gefühl verändern. Differenzen können sich aber auch aus der Schwierigkeit ergeben, eigentlich religiöse Werte von allgemein sittlichen oder blossen Anstandswerten erlebnismässig zu trennen. Unter diesen Voraussetzungen trägt ein an das religiöse Gefühl als Bezugswert anknüpfendes Werturteil in mehrfacher Hinsicht subjektiven Charakter.

Dieser Umstand ist solange unschädlich, als das Werturteil kein richterliches ist.

Bei richterlichen Werturteilen aber besteht die Notwendigkeit und damit das Problem ihrer Nachprüfbarkeit. Zwar können Werturteile niemals in gleichem Maße "objektiv" sein wie Wahrnehmungsurteile, oder Urteile der reinen Logik, doch kann versucht werden, ihnen ein Höchstmaß an Objektivität zu verleihen. Dies ist dadurch möglich, daß der Richter nicht seine persönlichen Wertmaßstäbe zur Anwendung bringt, sondern die für eine grössere Allgemeinheit repräsentativen. D.h. er darf beim Urteil, ob ein Sachverhalt beschimpfend

---

1) vgl. Beling, Beschimpfung S. 23; Bruns, Straf.Abh. Heft 301 S. 15; Fuld, Goltd.Arch. Bd. 39, 142 (146); Kahl VDB Bd. 3 S. 83; Moser, Strafr.Abh. Heft 110 S. 72; Schlitt, Diss. S. 23, 45; Scholl, Das Ärgernis im deutschen Strafrecht, ZStW 13, 279 (300); Thümmel, Der Religionsschutz durch das Strafrecht S. 31

2) vgl. Lersch, Aufbau der Person S. 254ff

ist, nicht sein eigenes religiöses Gefühl maßgeblich sein lassen, sondern ein möglichst weiten Bevölkerungskreisen gemeinsames. Ein auf den ersten Blick nahezu unmögliches Verlangen.[1] Allerdings lassen sich gerade beim religiösen Gefühl trotz aller Differenzierungen im einzelnen, was den zentralen Gefühlsbereich anlangt, Übereinstimmungen feststellen.

Soweit sich das religiöse Gefühl auf Gott usw. bezieht, lässt sich dieser zentrale Gefühlsbereich mit den Worten "erlebnishafte Begegnung mit dem Heiligen"[2] umschreiben. Gleichgültig, ob der, die oder das Heilige im Mittelpunkt steht, ob "Begegnung" im Einzelfall religiöse Erkenntnis, Schau, gläubige Erfahrung, gehörtes Wort oder innerlichste Erleuchtung bedeutet, als Erlebnis ist die Erfahrung des Religiösen stets gleich strukturiert.

Diese Übereinstimmung besteht auch, soweit sich das religiöse Gefühl auf die kultischen oder organisatorischen Erscheinungsformen des Religiösen bezieht. Nur daß sich insoweit der Personenkreis, in dem diese Übereinstummung herrscht, nicht mit der Gesamtheit aller religiös Empfindenden umschreiben lässt, sondern als Gesamtheit der überzeugten Anhänger der betreffenden Religionsgemeinschaft zu kennzeichnen ist.
Objektivität lässt sich dem Urteil über einen Sachverhalt als beschimpfend darüberhinaus dadurch verleihen, daß auf die dem jeweils maßgeblichen Personenkreis eigene durchschnittliche Gefühlsempfindlichkeit abgehoben wird. Maßgebliche Beurteilerfigur für das richterliche Werturteil ist also bei der Gotteslästerung der religiös empfindende Mensch, der sich ebenso von übergrosser Reizbarkeit wie von Gleichgültigkeit fernhält,[3] bei der Religionsbeschimpfung der entsprechend gefühlsempfindliche überzeugte Anhänger

---

1) vgl. AE, BT Sexualdelikte S. 77

2) Mensching, Die Religion S. 18f

3) Maurach, BT § 47 II A 2 (S. 371); Schlitt, Diss. S. 48; RG 10.10.87 E 16, 245 (248); vgl. auch § 187 E 1962; zu eng Beling, Beschimpfung S. 8; RG 3.3.82 E 6, 77 (80); 20.6.21 E 56, 128 (129)

einer Religionsgemeinschaft.[1]

Nur wenn sich der Richter zu dem jeweils maßgeblichen Personenkreis zählen darf, kann er sein höchstpersönliches Urteil maßgeblich sein lassen. In allen anderen Fällen muß er sich in die maßgebliche Beurteilerfigur zu versetzen suchen. Eine Objektivierung seines Urteils ist dadurch in gewissen Grenzen erreichbar.[2]

2) Die Beurteilerfigur des Kunstinteressenten, Kritik

In seiner bekannten Entscheidung gegen den Maler George Grosz ist für das Reichsgericht[3] mit dem einfachen, gläubigen Anhänger einer Religionsgemeinschaft, der sich ebenso von übergrosser Reizbarkeit wie von Gleichgültigkeit fernhält, eine Beurteilerfigur maßgeblich, wie sie für das richterliche Werturteil insoweit als verbindlich erkannt wurde.

Da das Reichsgericht, von Art. 142 WRV unbeeindruckt, glaubt, Kunst wie Nichtkunst die nämlichen Grenzen setzen zu müssen, ist es nur folgerichtig, wenn es auch den in den inkriminierten Kunstwerken zum Ausdruck gekommenen, vor jeder Wertung zu ermittelnden, objektiven Sinn mit den Augen eines durchschnittlich verständigen Beschauers zu erkennen versucht.

Zwar wird eingeräumt, daß Kunstwerke, wie die zu beurteilenden, ohne Nachdenken überhaupt nicht zu verstehen seien, weshalb der Eindruck eines bloß flüchtigen Beschauers ausser

---

1) Beling, Beschimpfung S. 8; Engisch, Einführung S. 124; Schönke-Schröder Anm. 17; Schwarz-Dreher Anm. 2 C jeweils zu § 166 StGB; RG 27.2.30 E 64, 121 (126); vgl. auch E 1962 § 188

2) a.A. Henkel ZStW 51, 916 (941, 944); Kohlrausch aaO S. 93ff; Kahl VDB Bd. 3 S. 83f; Moser, Strafr.Abh. Heft 110 S. 76; Rissom, DZfKirchR, 3. Folge Bd. 15 S. 448 (462f); Schlitt, Diss. S. 40, 45, 53; Thümmel, Das neue Strafgesetzbuch und die Religionsvergehen S. 21; ders., Religionsschutz S. 48f; Wach, DZfKirchR, 3.Folge Bd. 2 S. 161 (165, 171)

3) Urt. v. 27.2.30 E 64, 121 (126)

Betracht bleiben müsse, andererseits aber betont, es würde zu weit führen "als maßgeblich nur solche Beschauer anzusehen, die mit Verständnis die künstlerischen Absichten ergründen und nachempfindend nur sie aus dem Kunstwerk herauszulesen vermögen." Ankommen soll es vielmehr auf den Eindruck solcher Personen, "die sich weniger mit dem Sinn beschäftigen, den der Künstler mit seinen Zeichnungen verbindet, sondern auch das Äussere auf sich wirken lassen."

Wenig folgerichtig erscheint es unter diesen Voraussetzungen dagegen, wenn das Reichsgericht in einem anderen Fall das inkriminierte Kunstwerk einer eindringlichen Sinnermittlung unterzieht und mit der Forderung, bei der Auslegung sprachlicher Vergleiche die äussere sprachliche Gegenüberstellung nicht ohne weiteres als "Gleichstellung" zu behandeln, sondern aus dem Zusammenhang den Kernpunkt des Vergleichs - das sog. tertium comparationis - zu ermitteln,[1] ein gesteigertes Kunstverständnis beim Leser stillschweigend voraussetzt. Damit wird dem Kunstwerk eine angemessene Auslegung zuteil, ohne daß die damaligen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen unter einem veränderten Blickwinkel gesehen worden wären.

Erst unter der Herrschaft des Grundgesetzes wird aus der verfassungsrechtlich garantierten Kunstfreiheit im Strafrecht die Konsequenz gezogen. Dazu bedurfte es grundlegender Neueinschätzung von Inhalt, Umfang und Durchsetzbarkeit des verfassungsrechtlichen Freiheitsrechts.

In seinem vom Vorwurf der Religionsbeschimpfung freisprechenden Urteil vom 23.6.1961 stellt der Bundesgerichtshof erstmals die Forderung auf, bei der strafrechtlichen Beurteilung eines Kunstwerks müsse das Wesen der zeitgenössischen Kunst mitberücksichtigt werden, auch wenn es

---

1) Urt. v. 11.1.27 E 61, 151 (154)

nicht ganz leicht verständlich sei.[1)]

Diese Wendung ist nicht nur Programmsatz für eine freiere Stellung der Kunst im Strafrecht, sondern deutet auch die Möglichkeit seiner Verwirklichung an: Ersetzung der bislang maßgeblichen durch eine befähigtere Beurteilerperson. Ausdrücklich orientiert der Bundesgerichtshof[2)] die Beurteilung eines Kunstwerks am Maßstab des künstlerisch aufgeschlossenen, oder zumindest um Verständnis bemühten, wenn auch künstlerisch nicht besonders vorgebildeten Menschen, einem Maßstab, der als der des "Kunstinteressenten" bezeichnet werden kann.[3)] Die Lösung fand verbreitete Zustimmung und Nachahmung,[4)] auch bei der Beurteilung künstlerischer Werke im Rahmen anderer Straftatbestände.[5)]

Soll der Bereich deutlich werden, in dem Kunstwerke nach der vorgenommenen Maßstabsveränderung strafrechtlich unbehelligt verbreitet werden können, ist zunächst zu beachten, daß sowohl die bei der Auslegung der künstlerischen Äusserung, als auch die für die sich anschliessende eigentliche richterliche Wertung maßgebliche Beurteilerfigur verändert worden ist. Sowohl durch Veränderung des Auslegungsmaßstabs, wie durch Veränderung des Wertungsmaßstabs kann der Bereich der Strafbarkeit in seinem bisherigen Umfang zugunsten künstlerischer Werke verkürzt sein.

---

1) GA 1961, 240 =UFITA Bd. 38 S. 181 (183)

2) aaO

3) im Anschluß an Buchholz, Wann ist Kunst unzüchtig?, Sexualität und Verbrechen S. 326 (335); ders., Kunst, Recht und Freiheit S. 14; LG Hamburg 31.7.62 NJW 1963, 675

4) OLG Hamburg 5.3.62 GA 1962, 345; BayObLG 22.1.64 NJW 1964, 1149 m. zust. Anm. Ott = GA 1964, 208 = JR 1964, 188; Dünnwald JR 1965, 46 (47, 49); Leiss NJW 1962, 2323 (2324); Ott NJW 1963, 617 (618); Maurach, BT § 47 II A 2 (S. 371)

5) vgl. oben S. 86ff, 94f

Zunächst zu den Auswirkungen des veränderten Auslegungsmaßstabs:
Daß den das George-Grosz-Urteil sprechenden Richtern heute der Vorwurf der Kleingeistigkeit gemacht wird,[1] hat einen wesentlichen Grund darin, daß sie die inkriminierten Kunstwerke mit den Augen des "einfachen, religiös gesinnten Menschen" sehen. Dabei scheint es nur konsequent, als Objekt der Wertung von vornherein einen Sinngehalt auszuschliessen, der die Erkenntnisfähigkeit des Subjekts der Wertung übersteigt.

An der Identität von Auslegungsmaßstab und Wertungsmaßstab halten auch der Bundesgerichtshof und die ihm Folgenden fest.[2] Objekt der Wertung ist das, was der Kunstinteressent als Subjekt der Wertung durch Auslegung erkennen kann.[3]

Daß der Kunstinteressent den in einer künstlerischen Äusserung enthaltenen Sinn u.U. anders verstehen wird als der "einfache, religiös gesinnte Mensch", leuchtet unschwer ein. Ein grösseres Kunstverständnis gestattet ihm eine werkgerechtere Interpretation. Bis zu einem gewissen Grad wird er dabei auch Absichten und Tendenzen des Künsterls berücksichtigen können, sich also nicht nur auf "Sinnverstehen" beschränken, sondern auch um "Motivverstehen" bemühen.[4]

---

1) Leiss NJW 1962, 2323 (2324). Den politischen Hintergrund des Urteils beleuchtet Hannover, Politische Justiz 1918-1933 S. 250ff.

2) besonders deutlich BayObLG 22.1.64 NJW 1964, 1149 (1150). Die Annahme, der Bundesgerichtshof habe allein den Auslegungsmaßstab verändern wollen, ist haltlos. A.A. Dünnwald, JR 1965, 46 (51, Fußnote 76)

3) Um sich in die Person der Kunstinteressenten versetzen zu können, soll sich der Richter das Kunstwerk nötigenfalls von einem Sachverständigen erklären lassen (BGH GA 1961, 240 (241). Ein in diesem Zusammenhang nicht unbedenklicher, die Maßstäbe verwischender Vorschlag. Vgl. unten S. 126

4) zu dieser Unterscheidung vgl. Engisch, Einführung S. 85

In den nicht wenigen Fällen, in denen sich der im Kunstwerk ausgedrückte Sinn verstandesmässiger Erkenntnis ganz oder teilweise verschliesst, gestattet das beim Kunstinteressenten vorauszusetzende grössere Einfühlungsvermögen ein tieferes Eindringen.

Die Veränderung des Auslegungsmaßstabs kann also den der Wertung zugrunde zu legenden Sinn eines Kunstwerks derart verändern, daß die bislang unvermeidliche Qualifikation als beschimpfend unbegründet wird. Freilich macht eine werkgerechte Interpretation das Beschimpfungsprädikat nicht überhaupt unmöglich. Selbst eine sich gänzlich fachwissenschaftlicher Methoden bedienende Auslegung könnte dies nicht. Immerhin wird durch die jetzt mögliche angemessene Werkinterpretation der Bereich, in dem Kunstwerke straflos verbreitet werden können, nicht unerheblich erweitert.

Entsprechende Wirkung hat die Veränderung des Wertungsmaßstabs.
Wenn für das richterliche Werturteil, ob eine künstlerische Äusserung beschimpfenden Charakter hat oder nicht, statt des überzeugten Anhängers einer Religionsgesellschaft, der sich von übergrosser Reizbarkeit wie von Gleichgültigkeit gleichermassen fernhält, jetzt der Kunstinteressent maßgeblich sein soll, ist der Beschimpfungsbegriff dadurch notwendig enger gefasst. Sein besonderes Interesse an Kunstwerken lässt den Kunstinteressenten den Widerspruch zwischen einer künstlerischen Äusserung und dem religiösen Gefühl weniger schwer oder gar nicht empfinden, eine Beschimpfung daher weniger häufig feststellen.
Allerdings machen selbst intensivste künstlerische Interessen, sofern sie das Bewusstsein eines religiösen Gefühls nicht überhaupt ausschliessen, die Feststellung einer Gefühlsverletzung nicht regelmässig unmöglich. Immerhin schliesst der veränderte Wertungsmaßstab in nicht wenigen Fällen das zuvor unvermeidliche Beschimpfungsprädikat aus.

Insgesamt lässt sich feststellen, daß die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Veränderung des Auslegungs- und Wertungsmaßstabs den bislang verbindlichen Beschimpfungsbegriff einschränkt. Die Lösung lässt sich charakterisieren als restriktive Tatbestandsauslegung zugunsten künstlerischer Werke. Sie fordert zur Kritik heraus.

Zunächst wird mit keinem Wort gesagt, wie die Werke beschaffen sein müssen, die vom Kunstinteressenten beurteilt werden sollen. Daß ein weitgefasster Kunstwerkbegriff vorausgesetzt wird, lässt sich nur vermuten. Soll die angestrebte Lösung aber nur Kunstwerken zugute kommen, muß vorab der maßgebliche Kunstwerkbegriff feststehen.
Was den Kunstinteressenten als maßgebliche Beurteilerfigur selbst betrifft, so ist die Annahme wohl kaum zutreffend, seine Person sei im Gegensatz zur bisher maßgeblichen Beurteilerfigur greifbarer und besser vorstellbar,[1] ist doch der Kunstinteressent durch zusätzliche innere Eigenschaften charakterisiert. Weniger als bisher kann auf Angehörige eines wirklich vorhandenen, festumrissenen Personenkreises zurückgegriffen werden.[2]

Als weiterer Mangel kommt hinzu der dem Kunstinteressenten als Beurteilerfigur anhaftende Kompromißcharakter. Denn durch seine Verwendung erfährt einmal das religiöse Gefühl nicht den ihm gebührenden Schutz,[3] zum andern wird Kunstwerken letztlich keine werkgerechte Auslegung und Beurteilung zuteil. M.a.W.: einerseits ist der Kunstinteressent zu wenig durchschnittlicher religiöser Mensch, als daß sein Werturteil zur Feststellung einer Beschimpfung repräsentativ wäre, zum andern ist er noch zu sehr religiöser Mensch, als daß er den Sinngehalt von Kunstwerken mit der wünschenswerten Objektivität feststellen könnte.

---

1) so aber Buchholz, Sexualität und Verbrechen S. 326 (335)
2) Bedenken auch bei Nüse JR 1965, 231 (Urteilsanm.)
3) ähnlich Schönke-Schröder Anm. 17 zu § 166 StGB

In der Praxis kommen diese Schwächen der Lösung allerdings nicht deutlich zum Ausdruck, denn mit dem "künstlerisch aufgeschlossenen, oder zumindest um Verständnis bemühten, wenn auch nicht besonders vorgebildeten Menschen" ist ein Maßstab geschaffen, der es unauffällig erlaubt, auf der Auslegungsseite die Ansicht eines geübten und entsprechend vorgebildeten Beurteilers, auf der Wertungsseite dagegen die Ansicht eines durchschnittlichen religiösen Menschen maßgeblich sein zu lassen.

Schon das Zugeständnis an den Richter, nötigenfalls könne er sich das Kunstwerk von einem Sachverständigen erklären lassen,[1] beweist, daß in Wirklichkeit nicht das dem Kunstinteressenten auf Grund eigener Erkenntnis mögliche Auslegungsergebnis Objekt der Wertung ist, sondern ein ihm von sachkundiger Seite nahegelegtes. Im Fall eines Gedichts, in dem lateinische Worte aus der Meßliturgie der katholischen Kirche mit satztechnisch kompliziert ausgedrückten selbständigen dichterischen Gedankengängen in Montagetechnik verbunden sind, wird daher eine vom literarisch nicht vorgebildeten Menschen selbständig schwerlich zu vollziehende Auslegung vorgenommen.[2] In Wirklichkeit wird also mit dem Maßstab des Kunstinteressenten der Auslegungsmaßstab des Sachverständigen mit dem Wertungsmaßstab des durchschnittlichen religiösen Menschen zu verklammern versucht.

Aber selbst wenn man den eingeschlagenen Lösungsweg konsequent dahin fortsetzte, daß - sowohl was den Auslegungs-, als auch was den Wertungsmaßstab anlangt - die Person des Kunstexperten verbindlich wäre, zeigen sich bei näherem Zusehen Mängel, die diesen Weg insgesamt in Frage stellen, denn es zeigt sich, daß der Kunstwerken durch dieses Verfahren zugestandene Freiheitsbereich den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen niemals in vollem Umfang entsprechen

---

1) BGH GA 1961, 240 (241)

2) BGH aaO, vgl.auch die vollständigen Urteilsgründe in UFITA Bd. 38, 181 (185f)

kann. Verfassungsrechtlich ergeben sich aus dem Kunstwerkbegriff für das Freiheitsrecht zwar Schranken,[1] der verfassungsrechtliche Begriff des Kunstwerks selbst ist aber vom darstellbaren Inhalt her nicht konturiert.[2] Wird daher auf strafrechtlicher Seite der Begriff der Beschimpfung in § 166 StGB gegenüber dem bisher maßgeblichen einschränkend interpretiert, wird zwar der Bereich freier Verbreitungsmöglichkeit für Kunstwerke erweitert, beschränkt bleibt aber - auch bei weitestgehender Einschränkung - stets die freie Wahl künstlerisch gestaltbarer Inhalte. Strafrechtlich ist also eine Schranke da gezogen, wo sie verfassungsrechtlich nicht vorgezeichnet ist.

Insgesamt kann daher der Lösungsweg des Bundesgerichtshofs nicht befriedigen.

III Die Freiheit der Kunst als Rechtfertigungsgrund

Der Versuch, durch einengende Fassung des Beschimpfungsbegriffs den Bereich zu erweitern, in dem Kunstwerke straflos verbreitet werden können, verdeckt die grundsätzlich mögliche Kollision zwischen dem im Kunstwerk dargestellten Inhalt und Straftatbeständen. Dieser Konflikt bleibt aber sichtbar, wenn man, wie von Noll vorgeschlagen,[3] die Lösung im Bereich der Rechtswidrigkeit sucht.[4]

Ausgehend von der Prämisse, die Freiheit sei dasjenige Rechtsgut, das dem einzelnen schöpferische Wertverwirklichung er-

---

1) vgl. oben S. 66

2) vgl. oben S. 22f, 28

3) Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, SchwZStr. Bd. 80 S. 160 (187ff); Tatbestand und Rechtswidrigkeit, ZStW Bd. 77 S. 1 (32, 35f)

4) vgl. auch Bauer JZ 1967, 168 (Urteilsanm.); Henkel, ZStW Bd. 77 S. 916 (948f); W.A.E. Schmidt aaO S. 122

mögliche, stellt Noll im Rahmen des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen den Satz auf, " daß derjenige, der in Ausübung der allgemeinen Freiheitsrechte bedeutende Werte schafft oder wahrt, gerechtfertigt ist, auch wenn er dabei weniger bedeutende Werte verletzt." Unter diesem Blickwinkel könne die "Wahrnehmung berechtigter Interessen" die Rechtswidrigkeit nicht nur bei den Tatbeständen der Ehrverletzung, sondern auch bei denen der Verletzung öffentlicher Sittlichkeit oder öffentlichen Friedens ausschliessen. Eine gerechte Wertabwägung zwischen dem künstlerischen Wert eines Werkes einerseits und dem Wert der geschlechtlichen Sittlichkeit und des religiösen Friedens andererseits sei nur innerhalb dieses Rechtfertigungsgrundes möglich.

Diese Wertabwägung setzt voraus, daß differenziert wird zwischen künstlerisch bedeutenden Äusserungen, deren kultureller Wert das Unrecht der Handlung aufhebt, und wertlosen Machwerken, bei denen Unrecht und Strafbarkeit bestehen bleiben.[1)]

Abgesehen davon, daß diese Lösung wiederum leidige richterliche Urteile über Wert und Unwert eines Kunstwerks heraufbeschwört, entspricht auch sie nicht den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen. Denn die sich aus dem Begriff des gewährleisteten Objekts für das Freiheitsrecht ergebenden Schranken bestimmen sich nicht nach dem mehr oder weniger grossen Wert eines Kunstwerks.[2)]

Damit zeigt sich die Notwendigkeit einer eigenen Lösung.

---

1) vgl. Noll ZStW 77, 1 (35)
2) vgl. oben S. 36ff

IV Lösung

1) Sachverständigenfragen

Gleichgültig welchen Weg man zur Lösung letztlich beschreitet, Voraussetzung ist, daß sie nur Kunstwerken im verfassungsrechtlichen Sinne, diesen aber voll zugute kommt. Im konkreten Fall muß also die Feststellung entsprechender Werkeigenschaft vorausgehen.[1] Im Rahmen des Strafprozesses ist dies nicht unproblematisch.

Man sollte glauben, das durch Urkundenbeweis oder Augenschein in das Strafverfahren eingeführte inkriminierte Gebilde stünde als Beweistatsache fest und sei nicht weiter beweisbedürftig. Jedoch gilt dies nur für seine äussere Erscheinungsform, nicht für eine darüberhinausgehende Werkeigenschaft.

Die Feststellung der Kunstwerkeigenschaft verlangt eine Subsumtion. Diese wiederum setzt nicht nur Feststellung von Tatsachen, sondern auch die Würdigung der im Untersatz steckenden Tatsachenfeststellungen voraus.

Gewöhnlich vollzieht sich diese Tatsachenfeststellung auf dem Hintergrund richterlichen Erfahrungswissens. In Fällen unzulänglichen eigenen Erfahrungswissens hat der Richter prozessual die Möglichkeit, sich des besonderen Fachwissens eines entsprechend vorgebildeten Fachmanns, des Sachverständigen, zu bedienen.
Es gehört mit zu den Funktionen des Sachverständigen auf die ihm vom Gericht als feststehend unterbreiteten Tatsachen das eigene Fachwissen anzuwenden, mit dessen Hilfe Schlußfolgerungen daraus zu ziehen und sie dem Gericht mitzuteilen.[2]

---

1) richtig LG Hamburg 31.7.62 NJW 1963, 675

2) vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO II, Vorbem. 8 vor § 72 StPO

Angesichts der Schwierigkeiten, eindeutig zwischen allgemeinem Bildungswissen und dem Wissen, das nur dem Fachmann zugänglich ist, zu unterscheiden, verwundert es nicht, die Frage, wann Erfahrungswissen offenkundig und daher nicht beweisbedürftig ist, zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet zu finden, zumal die Strafprozeßordnung nur in wenigen Fällen die Zuziehung eines Sachverständigen zwingend vorschreibt[1] oder dringend nahe legt[2] im übrigen aber den Richter in seiner Entscheidungsfreiheit insoweit nicht beschränkt.

Während man früher glaubte, der Richter könne über die Zuziehung eines Sachverständigen nach freiem Ermessen befinden,[3] es also genügen ließ, daß er sich nur subjektiv das entsprechende Fachwissen zutraute und dabei Fälle in Kauf nahm, in denen er sich ein Fachwissen wider alle Vernunft anmaßte, steht man heute allgemein auf dem Standpunkt, daß dieses Ermessen dort seine Schranken findet, wo der Richter eine eigene Sachkunde nach der Erfahrung des Lebens nicht mehr haben kann, es sei denn eine besondere Sachkunde ist dargetan.[4]

---

1) vgl. die §§ 81, 81a, 81c, 87, 91 246a StPO

2) vgl. die §§ 80a, 87, 92, 93 StPO

3) RG 5.1.81 E 3, 176; RG 3.11.02 JW 1903, 93 Nr. 16; RG 18.1.15 LZ 1915, 631; RG 15.3.17 E 51, 42; RG 2.7.17 LZ 1917, 1243; RG 23.11.17 E 52, 61 (62); 1.12.22 E 57, 158; RG 5.12.22 Recht 1923 Nr. 956

4) seit RG 1.4.27 E 61, 273; vgl. RG 6.7.28 JW 1928, 2988 Nr. 24; 14.12.28 JW 1929, 1475 Nr. 27; 6.5.30 JW 1931, 1493 Nr. 31; jeweils mit zust. Anm. Alsberg; 18.11.30 JW 1931, 2026 Nr. 17; 22.1.32 JW 1932, 2619 Nr. 17; 6.4.36 JW 1936, 1976 Nr. 44; RG 4.2.37 HRR 1937 Nr. 908; RG 5.2.37 JW 1937, 1360 Nr. 82; RG 20.10.38 HRR 1939 Nr. 360; 11.11.38 HRR 1939 Nr. 476; 26.1.39 HRR 1939, Nr. 475; 8.5.39 HRR 1939 Nr. 1208; 8.7.40 HRR 1940 Nr. 1370; 23.10.41 HRR 1942 Nr. 511; RG 29.6.42 DR 1943, 188 Nr. 3; RG 25.2.43 E 76, 349 (350); OLG Celle 30.7.47 HESt 2, 95 = NdsRpfl. 1947, 48; OLG Braunschweig 20.2.48 HESt 2, 96; OLG Oldenburg 23.5.50 HESt 3, 36; BGH 21.11.50 NJW 1951, 120 (121); BGH 29.2.52 E 2, 163 (166) = NJW 1952, 554; BGH 13.6.52 E 3, 52 (54); 24.6.52 E 3, 27 = NJW 1952, 889;

Im Beweisantragsrecht fanden diese aus der Aufklärungspflicht entwickelten Grundsätze ihren Niederschlag in § 244 Abs. 4 StPO.[1)]

Damit werden Fallgruppen denkbar, in denen die pflichtgemässe Ausübung richterlichen Ermessens regelmässig zur Zuziehung eines Sachverständigen führt - sei es von Amts wegen, oder durch Stattgeben eines entsprechenden Beweisantrags -, denn die Natur des in Betracht kommenden Wissensgebiets ist für die Frage nach der eigenen Sachkunde des Richters alles andere als gleichgültig.[2)]

So wünschenswert es ist, daß der Richter auf möglichst vielen Gebieten eigene Sachkunde besitzt, kann er sie andererseits nur begrenzt durch privates, unkontrolliertes Studium erwerben. Wie Alsberg-Nüse näher dartun,[3)] bestehen gegen das Selbststudium einer Fachwissenschaft Bedenken in mehreren Richtungen.

Da ein solches Studium zumeist nicht vom konkreten Fall losgelöst, sondern gezielt erfolgt, kann die fehlende Kenntnis innerer Zusammenhänge zu einseitiger oder inaktueller Information führen. Davon abgesehen fehlt regelmässig die sich erst aus langdauernder Beschäftigung mit dem Wissensgebiet herausbildende Erfahrung.

Spezialisierte richterliche Tätigkeit wird zwar in einigen Fällen auch ausserfachlicher Vorbildung den Charakter des

---

Alsberg-Nüse, Der Beweisantrag im Strafprozeß S. 253; Bockelmann, Strafrichter und psychologischer Sachverständiger, GA 1955, 321 (326); Bremer, Der Sachverständige S. 142f; Löwe-Rosenberg (Geier), StPO, Anm. 33 zu § 244 StPO;Müller-Sax, Kommentar zur StPO (KMR) Anm. 18 zu § 244 StPO; Peters, Strafprozeß § 43 III 5 (S. 308f); Eb. Schmidt II Anm. 67ff zu § 244 StPO; Schorn, Der gerichtliche Sachverständige, GA 1965, 299 (300); zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. Marmann, Aufklärungspflicht durch Sachverständigengutachten, GA 1953, 136 (137ff); H. Mayer, Der Sachverständige im Strafprozeß, Festschrift für Edmund Mezger S. 455 (469ff)

1) eingefügt durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit v. 12.9.1950 (BGBl I, 455)

2) Alsberg-Nüse aaO S. 253

3) aaO S. 250f

dilettantischen nehmen. Auf allen anderen Gebieten aber kann und soll ein Selbststudium nur zur Entscheidung darüber befähigen, ob und wann die Zuziehung eines Sachverständigen erforderlich ist, und inwieweit der Sachverständige Hilfe leisten kann.[1] Unter diesen Voraussetzungen reicht die beim Richter vorauszusetzende Vorbildung regelmässig nicht aus, um zu erkennen, ob ein Gebilde Kunstwerkeigenschaft im verfassungsrechtlichen Sinne besitzt. Das Vertrautsein mit Grundproblemen künstlerischer Gestaltung dank umfassender Allgemeinbildung befähigt noch nicht zu sicherem Urteil in Grenzbereichen künstlerischer Formgebung.

Soweit daher die moderne Rechtsprechung die Kunstwerkeigenschaft eines Gebildes nicht als selbstverständlich voraussetzt,[2] gibt sie immer deutlicher zu erkennen, daß jede Werkqualifikation einen Sachverständigenbeweis notwendig erfordert.

So ist es für das LG Hamburg offenbar selbstverständlich, bei der Qualifikation eines Romans auf das Urteil von Sachverständigen abzuheben,[3] ebenso für das OLG Hamburg bei der Qualifikation von Schallplatten kabarettistischen Inhalts.[4] Im letzteren Fall hatte das Instanzgericht den Beweisantrag, zur Feststellung der Kunstwerkeigenschaft des inkriminierten Werkes einen Sachverständigen zu hören, mit dem Bemerken abgelehnt, die allgemeine Lebenserfahrung, die besondere Berufserfahrung und die Menschenkenntnis des Gerichts würden zu einer gerechten Entscheidung verhelfen, "ohne daß es eines über die allgemeine Beschäftigung eines gebildeten Menschen mit den Fragen der Kunst hinausgehenden Studiums in dieser Richtung bedürfte."

Dem Revisionsgericht ist voll beizupflichten, wenn es dieser Auffassung entgegenhält, die allgemeine Lebenserfahrung möge

---

1) Bohne JW 1932, 3358 (Urteilsanm.); Peters, Strafprozeß § 43 I (S. 306)

2) vgl. BGH 23.6.61 GA 1961, 240

3) Urt. v. 31.7.62 NJW 1963, 675

4) Urt. v. 26.11.63 NJW 1964, 559 (560) = JR 1964, 151

zwar u.a.auch eine bestimmte Einstellung zu Fragen der Kunst hervorrufen und entwickeln, diese werde aber vorwiegend emotionalen Charakter tragen und deshalb schwerlich zu einer kritischen Unterscheidung künstlerischer von nichtkünstlerischen Werken befähigen. Ebensowenig lasse sich - angesichts der Seltenheit der zu entscheidenden Fälle - das notwendige Unterscheidungsvermögen aus der besonderen Berufserfahrung eines spezialisierten Spruchkörpers begründen. Auch Menschenkenntnis verschaffe das erforderliche Unterscheidungsvermögen nicht. Zwar gehöre die Befassung mit Fragen der Kunst zur allgemeinen Beschäftigung eines gebildeten Menschen, dadurch werde aber nicht ohne weiteres die Fähigkeit erworben, Kunstwerke gegenüber Werken ohne künstlerischen Gehalt abzugrenzen mit einer allgemein verbindlichen Wirkung und den daraus sich ergebenden Folgen.[1)]
Andererseits soll aber die Sachkunde auch nur eines Mitglieds eines Kollegialgerichts die Zuziehung von Sachverständigen entbehrlich machen.[2)]

Auch in der Literatur beginnt sich die Auffassung durchzusetzen, die mit der Werkqualifikation verbundenen, oft schwierigen und wenig geläufigen Probleme machten die Zuziehung von Sachverständigen unvermeidlich. Ott[3)] hält ihre Anhörung insbesondere bei der Mitwirkung von Laienrichtern für geboten, Dünnwald[4)] auch dann für erforderlich, wenn es sich um Werke anerkannter und berühmter Künstler handelt.[5)]

---

1) Vgl. auch die sich anschliessenden Entscheidungen des BVerwG v. 7.12.66 E 25, 318 und v. 15.11.67 JR 1968, 232(233)

2) ebenso BGH 29.2.52 E 2, 163 (165); 10.7.58 E 12, 18 = NJW 1958, 1596; KMR Anm. 18; Löwe-Rosenberg (Geier) Anm. 33 jeweils zu § 244 StPO; Schorn GA 1965, 299 (305); Schwarz-Kleinknecht Anm. 17 A zu § 244 StPO; a.A. Alsberg-Nüse aaO S. 257; Peters, Strafprozeß § 38 IV 2 1 (S. 264), § 43 III 5 (S. 309)

3) NJW 1963, 617 (620 r.Sp.)

4) JR 1965, 46 (49 l.Sp.)

5) vgl. auch Buchholz, Kunst, Recht und Freiheit S. 71; Burrack, Diss. S. 112; H. Giese, Das obszöne Buch S. 56; Mosel, UFITA Bd. 50 S. 620f; Zeising, Diss. S. 126

Festzuhalten bleibt, daß die Lebenserfahrung gegen eine richterliche Entscheidungskompetenz bei der Werkqualifikation spricht. Dies bedeutet, daß die bei der Zuziehung von Sachverständigen i.d.R. bestehende Freiheit richterlichen Ermessens in diesem Fall regelmässiger Unzulänglichkeit und Ergänzungsbedürftigkeit richterlichen Erfahrungswissens derart eingeengt ist, daß die einzig ermessensfehlerfreie Entscheidung in der Sachverständigenzuziehung besteht, entweder von Amts wegen, oder daß einem entsprechenden Beweisantrag stattgegeben wird.

Eine Zuziehungspflicht von Amts wegen besteht allerdings nur insoweit, als für den Richter Anzeichen dafür vorliegen, daß die Kunstwerkeigenschaft des inkriminierten Gebildes überhaupt zu erwägen sei, denn seine Aufklärungspflicht, in deren Rahmen die Zuziehungspflicht besteht, verletzt der Richter nach herrschender Lehre erst dann, wenn sich ihm weitere Beweiserhebungen hätten aufdrängen müssen oder weitere Nachforschungen nahe lagen.[1)]
Insofern begründen aber nicht nur alle - auf Grund der bereits bekannten Tatsachen, des Akteninhalts und des bisherigen Verfahrensablaufs bestehenden - Zweifel des Richters, sondern auch die blosse Behauptung der Kunstwerkeigenschaft seitens eines Prozessbeteiligten die Zuziehungspflicht.
Lediglich im Hinblick auf die Schwierigkeiten, die der Sachverständigenbeweis in Kunstprozessen der Praxis heute noch aufgibt (vielfach darauf beruhend, daß nicht sauber zwischen Werkqualifikation und Subsumtion unter einen Straftatbestand geschieden wird), lassen einen förmlichen Beweisantrag geraten erscheinen, der dem Gericht ein klares Beweis-

---

1) BGH 27.2.51 - 1 StR 73/50 - bei Dallinger MDR 1951, 275; BGH 18.9.52 E 3, 169 (175) = JZ 1953, 44; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 2 zu § 244 StPO; Gutmann, Die Aufklärungspflicht des Gerichts und der Beweiserhebungsanspruch der "Parteien", JuS 1962, 369 (374); KMR Anm. 4 b; Schwarz-Kleinknecht Anm. 4 C jeweils zu § 244 StPO.

thema liefert, das Beweismittel angibt und das Gericht nicht zuletzt zur Überprüfung seiner eigenen Sachkunde zwingt, die es im Falle der Bejahung in den Urteilsgründen schriftlich zu begründen gezwungen ist.[1] In Ausnahmefällen mag es sogar angebracht sein den Richter unmittelbar zur Vernehmung eines Sachverständigen, u.U. sogar eines bestimmten Sachverständigen zu zwingen.[2] Die Möglichkeit hierzu gibt die Strafprozeßordnung an die Hand: Das Gericht ist verpflichtet, einen auf unmittelbare Ladung hin erschienenen Sachverständigen zu vernehmen (§§ 220, 245 StPO).

Entscheidend für das Gelingen des Sachverständigenbeweises in Kunstprozessen ist die Fragestellung des Gerichts an den Sachverständigen.
Bei der Werkqualifikation kommt es dem Gericht darauf an, daß sich die Beurteilung auf dem Hintergrund ausreichenden Fachwissens vollzieht. Eine generelltheoretische, das Gericht zu selbständiger Werkbeurteilung befähigende Unterrichtung dürfte in Kunstdingen jedoch umso schwerer fallen, je mehr es Erkenntnis und Verständnis künstlerischer Versuche und Experimente zu fördern gilt. Aber auch gesicherte kunstwissenschaftliche Lehren sind dem nur schwer zugänglich, dem ein tieferes Kunstverständnis von Natur verschlossen ist. In der Regel wird dem Gericht daher nur eine konkret-praktische, sich unmittelbar an das fragliche Werk anschliessende Unterrichtung von Nutzen sein.

Hierbei handelt es sich - wie stets, wenn der Sachverständige an ein vom Gericht dargebotenes Tatsachenmaterial Schlußfolgerungen knüpft - zunächst um tatsächliche Werkbeurteilung, d.h. um das Erkennen aller für die rechtliche Werkbeurteilung wichtigen tatsächlichen Voraussetzungen.

---

1) Alsberg-Nüse aaO S. 255; Gutmann JuS 1962, 369 (376f); Löwe-Rosenberg (Geier) Anm. 33 zu § 244 StPO; Sarstedt, Die Revision in Strafsachen S. 176

2) Im Regelfall erfolgt die Auswahl des zuzuziehenden Sachverständigen durch das Gericht (§ 73 Abs. 1 StPO).

Im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff wird die richterliche Fragestellung an den Sachverständigen daher zunächst auf die Erkennbarkeit von Rangminima, d.h. Ansätzen innerer Einheit des Werkes[1], abzielen. Da aber nicht alle Kunstwerke einen Rang im herkömmlichen Sinne aufweisen, ist es dem Sachverständigen nicht regelmässig möglich, aus dem Werk selbst erkennbare Tatsachen mitzuteilen, die für die rechtliche Werkbeurteilung von Bedeutung wären. Vielfach wird er sich insoweit auf die Mitteilung nicht weiter begründbarer, über das konkrete Werk hinausgehender Erfahrungstatsachen beschränken müssen, die ihm aus fachlicher Beschäftigung mit Kunstwerken vertraut sind. Um aber gerade solche Erfahrungstatsachen mitgeteilt zu erhalten, auf die es dem Gericht entscheidend ankommt, muß der Bereich umschrieben werden, aus dem heraus Werke verfassungsrechtlich zur Kunst zu zählen sind.

Es empfiehlt sich daher die Frage des Gerichts an den Sachverständigen dahin zu formulieren, ob das inkriminierte Werk zu einem künstlerischen Bereich zu zählen sei, der die gelungenen und allseitig anerkannten künstlerischen Werke ebenso umfasse wie alle mißlungenen künstlerischen Gebilde, Versuche und Experimente.[2] Daß der Sachverständige auch bei dieser Fragestellung seine Antwort eingehend zu begründen und sorgfältig durch Tatsachen zu belegen hat, ist selbstverständlich.

Eine weitere Frage ist, inwieweit die gutachtlichen Ausserungen des Sachverständigen der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegen.

Von dem seinem Urteil zugrundeliegenden Beweisergebnis muß

---

1) vgl. oben S. 41

2) vgl. oben S. 42

das Gericht überzeugt sein. Diese Überzeugung wird angesichts der allgemeinen Unzulänglichkeit menschlichen Erkenntnisvermögens heute überwiegend als subjektive Gewißheit charakterisiert, die mehr ist als bloße Wahrscheinlichkeit.[1)]

Um zu dieser Überzeugung zu gelangen, hat das Gericht das Recht und die Pflicht, über die Beweiskraft seiner Beweismittel frei zu entscheiden. Fraglich ist, ob dies uneingeschränkt auch für das Sachverständigengutachten gilt. Denn dies würde bedeuten, daß der fachwissenschaftlich nicht vorgebildete Richter regelmässig fachmännisches Wissen überprüfen dürfte und müsste.

Mit Recht wird an dieser Stelle gefragt, ob es überhaupt einen Sinn habe, dem Richter dazu die Befugnis zuzubilligen, nachdem man ihm zuvor mit der Verpflichtung, einen Sachverständigen zuzuziehen, die Befugnis, sich ohne weiteres auf seine eigene Einsicht zu verlassen, abgesprochen habe.[2)]

Wenn dem Richter das zur Werkqualifikation erforderliche Fachwissen regelmässig fehlt und er die eigene mangelnde Sachkunde durch die Zuziehung eines Sachverständigen zu erkennen gegeben hat, ist es in der Tat wenig folgerichtig, das erstattete Gutachten von ihm überprüfen zu lassen.

Eine echte kritische Würdigung des Gutachtens setzt ein entsprechendes Fachwissen voraus. Die Ausführungen des Gutachtens vermitteln dieses Fachwissen nur dann, wenn

---

1) vgl. Baumann, AT § 14 I 1a (S. 143); Löwe-Rosenberg (Geier) Anm. 3 zu § 261 StPO; Marmann GA 1953, 136 (142); Peters, Strafprozeß § 38 XI (S. 257); Eb.Schmidt I Nr. 373, II Anm. 11f zu § 261 StPO; Schwarz-Kleinknecht Anm. 1 zu § 261 StPO; Stree, In dubio pro reo S. 37ff

2) Bockelmann GA 1955, 321 (329f); ihm folgend Spendel, Die Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 1964 1964, 465 (469); vgl. auch RG 30.4.94 E 25, 326 (328)

sich der Sachverständige darauf beschränken kann, Lehrsätze seiner Wissenschaft abstrakt mitzuteilen. Anders dagegen, wenn der Sachverständige sein Fachwissen im Gutachten auf den konkreten Fall anwendet. Hier wird die regelmässig in das Gutachten einfliessende, durch langdauernde Beschäftigung mit dem Fachgebiet erworbene, aber nicht ad hoc erlernbare fachwissenschaftliche Erfahrung dem Richter eine eigenkritische Auseinandersetzung vielfach unmöglich machen.

Hinsichtlich des die Werkqualifikation vorbereitenden Gutachtens ist dies stets der Fall. Denn hier bedarf der Sachverständige zur Beantwortung der ihm gestellten Fragen in besonderem Maße seiner im Umgang mit Kunstwerken erworbenen Erfahrung. Diese Erfahrung kann er dem Richter zwar vermitteln, ihn aber nicht in die Lage versetzen, sie und die daraus gezogenen Schlüsse eigenkritisch zu würdigen.

Mit Recht wird daher die Meinung vertreten, der Richter sei in solchen Fällen berechtigt und verpflichtet, auf die Autorität des Sachverständigen hin seine Beweisfeststellungen zu treffen.[1)]

Vereinzelt ist auch der Bundesgerichtshof der Auffassung, das Gericht dürfe sich in Fällen, in denen schwierigste Fachfragen zu entscheiden seien, auf die Prüfung beschränken, ob der Sachverständige ein erprobter und zuverlässiger Vertreter seines Faches sei und daher auf seine Sachkunde in diesem Bereich vertraut werden könne.[2)]

Auch bei der Zuziehung eines Kunstsachverständigen, dessen Gutachten der Richter niemals eigenkritisch prüfen kann, läuft die richterliche Prüfungstätigkeit auf die Würdigung des Gutachters hinaus.
Im Gegensatz zur Würdigung des Gutachtens fehlt dem Richter

---

1) H. Mayer, Mezger-Festschrift S. 455 (476); Spendel JuS 1964, 465 (470); vgl. auch Alsberg-Nüse S. 252, Fußnote 21a; Jessnitzer, Der gerichtliche Sachverständige S.24; Eb. Schmidt II Anm. 74 zu § 244 StPO

2) BGH 16.6.53 E 5, 34 (36) = NJW 1954, 83 = LM Nr. 13 zu § 261 StPO

hierzu nicht die Urteilskompetenz,[1] denn Qualifikation und Zuverlässigkeit des Sachverständigen beurteilen sich nicht allein nach dem dargebotenen Gutachten, sondern auch nach der Persönlichkeit, Vorbildung, dem Ruf und Ansehen usw. des Sachverständigen.[2]

Die Entscheidungskompetenz über den verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff ist indes vom Richter auf den Sachverständigen übergegangen.[3]
Ist diese Konsequenz einmal erkannt, sollte das "Dilemma um den Kunstsachverständigen"[4] ein Ende gefunden haben.

Eine letzte Schwierigkeit ergibt sich allerdings dann, wenn dem Gericht zwei sich widersprechende Sachverständigengutachten vorliegen. In Kunstprozessen ist dies deshalb leicht der Fall, weil das Gericht oftmals nur dann seiner Aufklärungspflicht voll genügt, wenn es künstlerischen Richtungsgegensätzen durch Hinzuziehung der Vertreter beider Standpunkte Rechnung trägt.[5]
Ist der Richter schon zur kritischen Würdigung des Gutachtens eines Kunstsachverständigen ausserstande, gilt dies umso mehr, wenn widersprechende Gutachten vorliegen, denn wie soll der nicht mit Spezialkenntnissen ausgestattete Richter eine Entscheidung treffen können, wenn schon künstlerisch geschulte Experten zu abweichenden Ergebnissen gelangen. In diesem Fall hat der Richter nicht einmal die Möglichkeit sich einem unverdächtigen Gutachten anzuschliessen.

---

1) a.A. Bockelmann, GA 1955, 319 (330)

2) zu den bei der Auswahl des Sachverständigen maßgeblichen Gesichtspunkten vgl. oben S. 45f

3) Dieser Kompetenzübergang mag bedenklich erscheinen (vgl. Knies aaO S. 162ff). Indes handelt es sich um eine im verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff liegende Konsequenz. Es wird nur eine tatsächlich bestehende Unmöglichkeit sichtbar gemacht, die bisher verdeckt schien.

4) vgl. Klöckner, Der Kunstsachverständige im Strafverfahren, Jugendschutz 1965 S. 17 (20)

5) zur ähnlichen Problematik auf medizinischem Gebiet vgl. Löwe-Rosenberg (Geier) Anm. 34 zu § 244 StPO; Eb. Schmidt II Anm. 3 zu § 78 StPO; RG 21.10.37 HRR 1938 Nr. 936

Seine Zweifel hinsichtlich der dem Urteil zugrunde zu legenden tatsächlichen Feststellungen hat der Richter i.d.R. zugunsten des Angeklagten aufzulösen. Sollte dieser beweisrechtliche Grundsatz auch hier anwendbar sein, hätte der Richter von dem für den Angeklagten günstigeren Gutachten auszugehen, d.h. von dem, das zur Bejahung der Kunstwerkeigenschaft des inkriminierten Gebildes gelangt.

Der Grundsatz "in dubio pro reo" gilt uneingeschränkt für alle Merkmale, die den Unrechts- und Schuldgehalt einer strafbaren Handlung kennzeichnen.[1)]
Zweifel über seine Anwendbarkeit im vorliegenden Fall könnten sich aber daraus ergeben, daß es sich hier nicht um eine Ungewissheit im Rahmen der Tatsachenfeststellung handelt, sondern im Rahmen der (der Subsumtion unter strafrechtliche Begriffe vorausgehenden) verfassungsrechtlichen Werkqualifikation. Diese Werkqualifikation hängt jedoch eng mit der Tatsachenfeststellung zusammen. Die strafrechtliche Relevanz eines Verhaltens ist von der Werkqualifikation ebenso abhängig wie vom Vorliegen oder Nichtvorliegen tatsächlicher Umstände. Alle die strafrechtliche Relevanz eines Verhaltens begründenden Umstände müssen aber gewiß sein, soll eine Bestrafung eintreten. Unlösbare Zweifel hinsichtlich der Werkqualifikation sind daher ebenso wie unlösbare Zweifel über tatsächliche Umstände zugunsten des Angeklagten aufzulösen.
Dem Angeklagten kann also seine Einlassung, bei dem inkriminierten Werk handle es sich um ein Kunstwerk, dann nicht widerlegt werden, wenn er ein unverdächtiges Gutachten auf seiner Seite hat.

Dieses Ergebnis zeigt, daß im Strafverfahren all die Werke als Kunstwerke erkannt und behandelt werden können, denen verfassungsrechtlich Kunstwerkeigenschaft zukommt, d.h. all die Werke, die in den Augen urteilskompetenter Dritter als

---

1) Eb. Schmidt I Nr. 371 m.w.N.; vor allem Stree aaO S. 19

Manifestation eines künstlerischen Gestaltungswillens gelten, gleichgültig ob dieser im Werk objektiv zum Ausdruck gekommen ist oder nicht.

2) Restriktive Auslegung der die Veröffentlichungshandlung kennzeichnenden Tatbestandsmerkmale

a) Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung

Die zwischen Kunstfreiheit und Strafgesetz verlaufende Grenze ist im Hinblick auf die dem Freiheitsrecht gesetzten Schranken zu bestimmen.
Die entsprechenden Schranken sind - wie erinnerlich[1] - dem Freiheitsrecht immanente Schranken, deren Teilkomponenten sich aus dem Begriff des gewährleisteten Objekts, sowie aus dem Umstand der Gemeinschaftsgebundenheit des berechtigten Subjekts ergeben.

Die bisherigen Bemühungen um eine Grenzziehung erwiesen sich bei näherem Zusehen als diesen Voraussetzungen nicht entsprechend. Danach dürfen Kunstwerke insbesondere dann strafrechtlich unbehelligt verbreitet werden, wenn der dargestellte Inhalt, bzw. der künstlerische Wert des Werkes bestimmten Anforderungen genügt. Auf die Schwierigkeiten und möglichen Mißverständnisse dieses Lösungswegs hinzuweisen, war schon mehrfach Gelegenheit. Allein deshalb an seiner Richtigkeit zu zweifeln, bestände noch kein Anlaß. Fragwürdiger erscheint schon der Versuch, allein die sich aus dem Begriff des gewährleisteten Objekts ergebenden Schranken zur Grenzziehung nutzbar zu machen und die genannte zweite Schrankenkomponente hierbei völlig zu vernachlässigen.

---

1) vgl. oben S. 66ff

Eigentlicher Grund, eine Lösung auf anderem Wege zu suchen, ist letztlich aber der Umstand, daß die bislang praktizierte Grenzziehung den sich aus dem Begriff des gewährleisteten Objekts ergebenden Schranken in Wirklichkeit gar nicht folgt, denn diese Schranken sind nach der hier vertretenen Auffassung erheblich weiter zu ziehen als die Schranken, an denen sich die bisherigen Lösungsversuche ausrichten: Der Versuch, durch einengende Auslegung des Beschimpfungsbegriffs den Bereich strafrechtlich unbedenklich gestaltbarer Kunstwerkinhalte zu erweitern, berücksichtigt nicht, daß von Verfassungs wegen jeder Inhalt künstlerisch darstellbar ist. Der Versuch, durch Abwägung des künstlerischen Werts eines Werkes einerseits und des Werts des geschützten Rechtsguts andererseits die Grenze im Einzelfall zu ziehen, übersieht, daß ein Werk, um Kunstwerk im verfassungsrechtlichen Sinne zu sein, einen bedeutenden Wert nicht besitzen muß.

In dem Maße, in dem sich die bisherigen Grenzziehungsversuche als verfassungsrechtlich nicht begründet erweisen, wird deutlich, daß die sich aus dem Begriff des gewährleisteten Objekts ergebende Schrankenkomponente - richtig verstanden - einen vernünftigen Ansatzpunkt zur Grenzziehung nicht bietet.

Mit dieser Feststellung kommt aber der als "soziale Schranken" bezeichneten Schrankenkomponente bei der Grenzziehung entscheidende Bedeutung zu. Soziale Schranken sind nur dem Veröffentlichungsbereich der Freiheitsnorm gezogen, da ohne Aussenwirkung niemals die Belange anderer oder der Gemeinschaft tangiert sein können.

Darüberhinaus gebietet der Umstand, daß das Grundrecht der Kunstfreiheit ohne ausdrückliche Beschränkung gewährleistet ist, und die daraus ablesbare hohe Bewertung dieses Freiheitsrechts durch den Verfassungsgesetzgeber, die Annahme, daß ihm nur äusserste Schranken gezogen sein sollen.[1)]

---

1) vgl. oben S. 67ff

Immanente, soziale Grundrechtsschranken sind daher immer nur im Falle einer Verletzung überragender Gemeinschaftsgüter tangiert und selbst dann nur, wenn die Einzelfallabwägung die Unerträglichkeit der Verletzungshandlung ergibt. Verletzungshandlungen in weniger einschneidender Form sind vom Freiheitsrecht noch gedeckt.

Das Grundrecht der Kunstfreiheit gewährt also Kunstwerken im verfassungsrechtlichen Sinne eine nahezu unbeschränkte Veröffentlichungsfreiheit.
Andererseits gibt es Strafgesetze, für die hier beispielhaft der § 166 StGB in seinen beiden ersten Tatbestandalternativen stehen soll, die Veröffentlichungshandlungen - auch soweit Kunstwerke veröffentlicht werden - unterschiedslos unter Strafe stellen.

Ist aber von Verfassungs wegen die Veröffentlichung von Kunstwerken, solange dadurch besonders wichtige Gemeinschaftsgüter nicht in unerträglicher Weise verletzt werden, gewährleistet, können Strafrechtsnormen nicht darüberhinaus Veröffentlichungshandlungen unter Strafe stellen. Soweit der verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheitsbereich reicht,müssen Strafrechtsnormen zurücktreten.

Strafbar kann die Veröffentlichung von Kunstwerken also nur dann sein, wenn der tangierte Straftatbestand gerade den Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts bezweckt und die Veröffentlichungshandlung darüberhinaus einen nicht mehr tragbaren Angriff auf dieses Gemeinschaftsgut darstellt.

Ob die Tatbestände der Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung den Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter bezwecken, lässt sich bezweifeln.
Als geschütztes Rechtsgut wurde bei beiden Delikten das religiöse Gefühl bzw. Empfinden als Gemeinschaftswert erkannt.[1] Insoweit handelt es sich nicht um den Schutz

---

1) vgl. oben S. 114

individueller Wertvorstellungen.
Andererseits ist das religiöse Gefühl in der heutigen Gesellschaft aber auch nicht Rechtsgut der Gesamtheit, sondern nur Rechtsgut einer Gruppe religiös denkender Menschen, bzw. überzeugter Anhänger einer Religionsgemeinschaft. Kann aber ein Rechtsgut, das nicht Rechtsgut der Gesamtheit ist, überhaupt ein wichtiges Gemeinschaftsgut sein?

Der Umstand, daß dem historischen Gesetzgeber das religiöse Gefühl als Rechtsgut der Gesamtheit schützenswert erschien, hilft die Frage nicht beantworten, denn die Gesellschaft muß aus sich heraus stets neu die Antwort darauf finden, ob Güter und Werte für die Gesamtheit, für Gruppen oder lediglich für den einzelnen bedeutungsvoll sind. Anerkennung und Rangwert der Güter sind sowohl von der Struktur der Gesellschaft, als auch von wechselnden Zeitströmungen abhängig.[1] Aber selbst wenn man das religiöse Gefühl deshalb als Gemeinschaftswert anerkennen würde, weil sich darin Wertvorstellungen einer für die heutige Gesellschaft maßgebenden Schicht ausdrücken, erhebt sich sofort die weitere Frage, ob das religiöse Gefühl auch ein Gemeinschaftwert von besonderer Bedeutung sei.
Daß das religiöse Gefühl überhaupt als strafrechtlich geschützter Wert erscheint, indiziert seine besondere Bedeutung allein noch nicht. Auch die strafrechtlich geschützten Güter und Werte stehen in einer Rangordnung.

Aus dem Umstand, daß schon seit Jahrzehnten die Beseitigung der speziellen Religionsdelikte aus dem Strafgesetzbuch gefordert wird,[2] könnte man schliessen, ein Wert,

---

1) Maurach, AT § 19 II A 1 (S. 180)

2) zur Situation in der Zeit um die Jahrhundertwende vgl. Skriver, Gotteslästerung?, S. 57ff; Thümmel, Religionsschutz S. 97; Feder, v. Liszt-Festschrift S. 54 (139); von den Entwürfen verzichtet der E Radbruch (1922) auf einen besonderen Tatbestand der Gotteslästerung. Ebenso enthalten die Reichsratsvorlage 1925 (§ 167), sowie E 1927 (§180) und E 1930 (§ 180) nur noch den Tatbestand der Religionsbeschimpfung. Zu der in jüngerer Zeit wieder lebhafteren Diskussion vgl. W. Schilling aaO S.101ff, sowie die Stellungnahme des Öffentlichkeitsausschusses der evangelischen Kirche im Rheinland, Vorgänge 1965, 166 (168) und AE, BT Sexualdelikte S. 77f.

dessen Schutzwürdigkeit derart in Zweifel gezogen ist, könne einen besonders hohen Rang nicht besitzen, jedenfalls keinen Rang, der Werten wie Leben, Freiheit, Eigentum gleich kommt.

Ein solcher Schluß erwiese sich aber nur dann als richtig, wenn diese Reformbestrebungen von der Allgemeinheit, zumindest aber von der maßgebenden Gesellschaftsschicht getragen wären. Denn alle strafrechtlich geschützten Güter und Werte erfahren ihre Rangeinschätzung durch die Allgemeinheit, bzw. die maßgebende Gesellschaftsschicht. In deren Urteil, das stets eher traditionellen als fortschrittlichen Charakter hat, erscheint das religiöse Gefühl aber auch heute noch als schutzwürdiger Wert von besonderer Bedeutung. Diese Hochschätzung drückt sich nicht zuletzt darin aus, daß selbst der Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962 nicht nur die "Beschimpfung einer Religionsgesellschaft" (§ 188), sondern auch die "Gotteslästerung" (§ 187) als Straftatbestände beibehält.

Man wird daher das in den Tatbeständen der Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung geschützte Rechtsgut auch heute noch als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut bezeichnen müssen.

Wird durch die Veröffentlichung eines Kunstwerks dieses besonders wichtige Gemeinschaftsgut verletzt, ist damit aber noch nicht regelmässig eine Strafbarkeit ausgelöst, denn der Schutzbereich des Grundrechts der Kunstfreiheit ist erst dann verlassen, wenn sich der Angriff auf das Gemeinschaftsgut nach Art und Intensität als unerträglich erweist. Um festzustellen, wann dies im einzelnen der Fall ist, scheint es angebracht, die Veröffentlichungsformen bei Kunstwerken in ihrer Unterschiedlichkeit zu betrachten.

Ein solcher Ansatz ist in Rechtsprechung und Literatur nicht neu. Schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts stellte - wenn auch nur im Zusammenhang der Wertung eines Werkes als unzüchtig - auf die besondere Form der Veröffentlichungshandlung, insbesondere auf die Art des durch die Veröffentlichung angesprochenen Adressatenkreises ab.[1)]

Die für das Reichsgericht insoweit entscheidenden Momente wurden insbesondere von Ropertz[2)] und Dünnwald,[3)] aber auch von Erbel[4)] zur Lösung des umfassenderen Problems, wann die Veröffentlichung eines Werkes im Hinblick auf das Grundrecht der Kunstfreiheit straflos zu bleiben hat, nutzbar gemacht.

Für Ropertz ist insofern der durch die Veröffentlichung eines Kunstwerks erreichte Kreis unkritischer Öffentlichkeit entscheidend. Veröffentlichungen, die von vornherein darauf angelegt sind, nur wenige an künstlerischen Problemen interessierte Menschen zu erreichen, bei denen daher die Gefahr unbedachter Übernahme gemeinschaftsschädlicher Vorstellungen ausgeschlossen erscheint - beispielhaft genannt werden Lesungen in kleinem Kreis, Ausstellungen in kleinem Rahmen und Sonderdrucke -, werden Bekanntmachungsarten gegenübergestellt, die sich an ein grosses, der kritischen Aufnahme unfähiges und daher der Gefahr der Infizierung mit gemeinschaftsschädlichen Vorstellungen ausgesetztes Publikum wenden. Durch das Grundrecht der Kunstfreiheit sei eine Veröffentlichungshandlung immer dann nicht mehr gedeckt, wenn sie zur künstlerischen Äusserung Wege öffne, die von vornherein unkritisch, oder gar nur deswegen beschritten würden, weil es dem einzelnen auf anderes ankomme.

---

1) vgl. oben S. 83f
2) aaO S. 155ff
3) JR 1965, 46 (49ff) und GA 1967, 33 (41)
4) aaO S. 154

Als wichtigstes Beispiel hierfür wird der Film genannt. Eine künstlerische Äusserung in dieser Form erfahre notwendigerweise nur selten eine abwägende, sich mit Form und Inhalt kritisch auseinandersetzende Aufnahme.

Auch von anderer Seite wird Ropertz beigepflichtet, daß die spezifische Eigenschaft des Films seine Suggestivkraft sei. Der Film kenne nicht die Distanz der bildenden und erzählenden Künste und wirke auch unmittelbar als das Theater. Durch Wirklichkeitsillusion, Großaufnahme, Gleichzeitigkeit von Bild und Ton usw. werde der Zuschauer überwältigt, was zu seiner völligen Identifizierung mit den Filmgestalten führen könne.[1)]

Durch eine Veröffentlichungshandlung mit derartiger Wirkung soll nach Ropertz' Meinung der "Bestand der Gemeinschaft" gegebenenfalls regelmässig gestört sein.

Ähnlich grenzt Dünnwald die Fälle strafbarer und im Hinblick auf das Grundrecht der Kunstfreiheit strafloser Kunstwerkveröffentlichung voneinander ab. Nach seiner Meinung gewährleistet Art. 5 Abs. 3 GG die Veröffentlichung eines Kunstwerks, soweit sie sozial adaequat ist. Entscheidend sollen hierbei die Umstände des Einzelfalls sein, insbesondere Ort, Umgebung, Zeit und - da diese Momente Bedeutung nur erlangen könnten im Hinblick auf die Struktur des konkret angesprochenen Personenkreises - das Medium, das die Verbindung zwischen Werk und Publikum herstellt (z.B. Film, Schallplatte, Zeitung).

Allein durch die Art seiner Veröffentlichung und seines Adressatenkreises könne ein Kunstwerk einmal in den strafbaren, einmal in den straflosen Bereich fallen. Auch für

---

1) vgl. Frankenberger, Diss. S. 42, Kalb aaO S. 45f; OVG Koblenz 24.3.66 DVBl 1966, 576 (581)

Erbel, der seine entsprechende Entscheidung durch "abwägende, an der Kunstfreiheitsgarantie orientierte Auslegung" gewinnt, spielt der "Kreis der Personen, die nach der Lebenserfahrung als Adressaten der künstlerischen Äusserung überhaupt in Betracht kommen" eine entscheidende Rolle.

An diesen Lösungen ist zu bemängeln, daß sie einzelne Publikumsschichten privilegieren, aber auch daß sie einzelne künstlerische Erscheinungsformen völlig diskreditieren. Im demokratischen Rechtsstaat hat jedoch einerseits jeder Bürger den gleichen verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf Zugang zu künstlerischen Werken, andererseits ist ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz denkbar, würden den verschiedenen künstlerischen Medien unterschiedliche Betätigungsmöglichkeiten eingeräumt.[1)]

Wann aber ist dann ein wichtiges Gemeinschaftsgut in nicht mehr tragbarer Weise angegriffen?
Die Art und Weise des Angriffs entscheidet hierüber nicht allein. Die Wirksamkeit eines Angriffs lässt sich nur abschätzen, wenn das Angriffsmittel zum Objekt des Angriffs ins Verhältnis gesetzt wird. Mit der Qualifikation des strafrechtlich geschützten Rechtsguts als besonders wichtigem Gemeinschaftsgut ist also seine Bedeutung für die Grenzziehung noch nicht erschöpft.

Bedeutungsvoll erscheint in diesem Zusammenhang die Frage nach dem Träger des geschützten Guts.
Verkörpert ein Rechtsgut allgemeine Wertvorstellungen, ist sein Träger darum noch nicht regelmässig die Allgemeinheit.[2)]
Strafrechtlich geschützte allgemeine Wertvorstellungen können vielmehr auch Rechtsgüter des einzelnen sein. Daneben sind Rechtsgüter denkbar, die im weiteren Sinne zwar solche

---

1) vgl. v. Hartlieb, Film und Recht 1965, 200 (203)
2) vgl. Maurach, AT § 19 II A 1 (S. 181)

der Allgemeinheit sind, bei denen aber der Schutz des einzelnen überwiegt.[1)]

Rechtsgüter, die ausschliesslich oder überwiegend den Schutz des einzelnen bezwecken, sind aber - von hier nicht interessierenden Ausnahmefällen abgesehen -, im Gegensatz zu solchen der Allgemeinheit verzichtbar.

Ein derart verzichtbares Rechtsgut ist auch das religiöse Gefühl. Es ist zwar letztlich Rechtsgut der "Allgemeinheit", bezweckt aber überwiegend den Schutz des einzelnen.
Dieser Umstand muß bei der Grenzziehung Berücksichtigung finden:
Ein verfügbares Rechtsgut ist niemals in nicht tragbarer Weise angegriffen, wenn ein Dritter auf seinen Schutz ausdrücklich verzichtet, oder doch auf Grund vernünftigen objektiv-hypothetischen Urteils den Anschein eines entsprechenden Verzichts erweckt hat.

Folgende Fallgestaltungen sind zu unterscheiden:

1) Der Betroffene weiß von der bevorstehenden Rechtsgutsverletzung, will auf einen Schutz verzichten und bringt dies wörtlich oder durch sein sonstiges äusseres Verhalten zum Ausdruck.

2) Der Betroffene weiß von der bevorstehenden Rechtsgutsverletzung, hat aber keineswegs die Absicht, auf einen Schutz zu verzichten, zeigt aber gleichwohl ein äusseres Verhalten, das bei vernünftiger Beurteilung den Schluß auf einen entsprechenden Verzicht zulässt.

3) Der Betroffene weiß von der bevorstehenden Rechtsgutsverletzung nichts, zeigt aber ein äusseres Verhalten, das bei vernünftiger Beurteilung den Schluß zulässt, er habe auf einen Schutz von vornherein verzichtet.

4) Der Betroffene weiß von der bevorstehenden Rechtsgutsverletzung nichts und zeigt auch kein äusseres

---

1) vgl.Baumann, AT § 37 III (S.581);Maurach,AT § 19 II A 2 (S. 182)

Verhalten, das auf einen entsprechenden Verzicht schliessen liesse.

Unproblematisch sind die Fälle, in denen bewusst und ausdrücklich auf den Schutz des Rechtsguts des religiösen Gefühls verzichtet wird (Ziff. 1), sowie die Fälle, in denen keinerlei Anzeichen für einen Verzicht vorliegen (Ziffer 4).
Zu verdeutlichen sind jedoch die praktisch häufigen Fälle, in denen durch äusseres Verhalten der Anschein eines Verzichts erweckt wird (Ziff. 2 und 3).

Besucht jemand einen Film (ein Theaterstück, eine Ausstellung) oder liest jemand ein Buch, obwohl er genau weiß, daß sein religiöses Gefühl dadurch verletzt werden wird, kann ein vernünftiger Beurteiler in diesem Verhalten nichts anderes als die Preisgabe des Rechtsguts erblicken. Der geheime Vorbehalt, auf den Schutz des religiösen Gefühls nicht verzichten zu wollen, ist unter diesen Voraussetzungen unbeachtlich. Wer die Verletzung seines religiösen Gefühls bewusst herbeiführt, hat den Schutz dieses Rechtsguts in Wirklichkeit preisgegeben.

Anders liegt der Fall, wenn jemand einen Film usw. besucht und dabei - wegen unterlassener Information - nichts von der möglichen Verletzung seines religiösen Gefühls weiß. Hier wird man sagen müssen, daß jemand, der sich - bei bestehender Informationsmöglichkeit - bewusst über eventuelle Konsequenzen seines Verhaltens im Unklaren lässt, auch mit der Möglichkeit der Verletzung seines religiösen Gefühls rechnen muß.
Auch wer sich so verhält, daß er mit der Verletzung seines religiösen Gefühls rechnen muß, hat bei vernünftiger Betrachtung das Rechtsgut jedoch preisgegeben.

Abgesehen von den Fällen, in denen der Betroffene einer irreführenden Information erliegt und deshalb nicht wirksam verzichten kann, und den Fällen, in denen dies deshalb nicht möglich ist, weil der Betroffene auf Grund seiner Persönlichkeit

nicht imstande ist, die Bedeutung seines Verzichts abzuschätzen,[1] führt die hier getroffene Unterscheidung dahin, daß es an einem Verzicht des Betroffenen auf Schutz seines religiösen Empfindens immer dann fehlt, wenn er mit der Möglichkeit einer Verletzung nicht rechnen muß, weil er von der Verletzungshandlung überrascht wird. Es sind dies die Fälle echter, unmittelbarer Belästigung der Öffentlichkeit oder einzelner, in denen eine Wahrnehmung ohne eigenes Zutun aufgedrängt wird.
Zu denken ist hierbei an Darstellungen, denen der Betroffene auf der Strasse ausgesetzt ist, wie Anschläge, umhergetragene Plakate und Schaufensterauslagen, oder die ihm unaufgefordert zugesandt werden, aber auch an Veröffentlichungen durch Rundfunk und Fernsehen oder die abonnierte bzw. regelmässig gelesene Tagespresse.

Nicht weil sie sich an ein grosses, der kritischen Aufnahme unfähiges und daher der Gefahr der Infizierung mit gemeinschaftsschädlichen Vorstellungen ausgesetztes Publikum wenden, sind auch die letzteren Fälle hierher zu zählen, sondern weil diese Medien ebenfalls Wahrnehmungen "ohne eigenes Zutun aufdrängen".

Im Gegensatz zu Film, Schallplatte oder Buch handelt es sich bei Fernsehen, Rundfunk und Tagespresse um Informationsquellen, die der Betroffene notwendig uninformiert benützt. Fehlt aber regelmässig eine vorherige Informationsmöglichkeit, lässt eine vernünftige Betrachtung nicht mehr den Schluß zu, der Betroffene habe im konkreten Einzelfall das Rechtsgut preisgegeben. Anders aber auch in diesen Fällen, wenn der Betroffene ausnahmsweise informiert war.

Erst dann, wenn ein Kunstwerk in der beschriebenen Weise anderen ohne deren Zutun aufgedrängt wird, ist der Schutzbereich des Grundrechts der Kunstfreiheit verlassen. Allein in diesem Rahmen ist eine Strafbarkeit möglich. Ein weitergehender Bereich der Strafbarkeit bedarf der Einschränkung.

Wie diese Einschränkung dogmatisch verwirklicht werden kann, ist nicht selbstverständlich.

---

1) z.B. Jugendliche

Der zur Grenzziehung herangezogene Verzichtgedanke weist gewisse Parallelen zu den Rechtfertigungsgründen der Einwilligung bzw. der mutmaßlichen Einwilligung auf. Es liegt daher nahe, die erforderliche strafrechtliche Korrektur mit Hilfe eines dieser Rechtfertigungsgründe vorzunehmen.
Da die Grenzziehung jedoch ausschliesslich nach objektiven Gesichtspunkten erfolgen, der wirkliche Wille des Betroffenen aber unberücksichtigt bleiben soll, ist vom Grundgedanken dieser Rechtfertigungsgründe zu weit abgewichen, als daß sie hierfür Verwendung finden könnten.

Nur ein entsprechend modifizierter Rechtfertigungsgrund könnte den verfassungsrechtlichen Freiheitsbereich im Strafrecht verwirklichen.
Die schwierige Frage, inwieweit eine verfassungsrechtliche Norm in einen bestehenden Rechtfertigungsgrund hineinwirken,[1] oder gar einen Rechtfertigungsgrund neu schaffen kann, kann jedoch dahinstehen, wenn eine sachgerechte Lösung auch auf dem Weg verfassungskonformer (d.h. Verfassungswidrigkeit vermeidender) Tatbestandsauslegung zwanglos zu erreichen ist. Dies ist dann der Fall, wenn die vorzunehmende Auslegung an dem Tatbestandmerkmal ansetzt, das die verbotene Veröffentlichungshandlung umschreibt. Denn dann bleibt einmal sichtbar, daß Kunstwerke im verfassungsrechtlichen Sinn einen strafrechtlich verpönten Inhalt haben können, zum andern wird berücksichtigt, daß die bei der Grenzziehung relevanten Schranken allein dem Veröffentlichungsbereich der Kunstfreiheitnorm gezogen sind.

Im Gegensatz zu Versuchen, eine verfassungskonforme Auslegung bei anderen Tatbestandsmerkmalen vorzunehmen (z.B. beim Beschimpfungsbegriff), ist dadurch eine nahtlose Grenzziehung zwischen verfassungsrechtlicher Freiheitsnorm und strafrechtlicher Verbotsnorm erreicht.

---

1) vgl. z.B. BVerfG 21.1.61 E 12, 113 =NJW 1961, 819

Bei der Gotteslästerung und der Religionsbeschimpfung hat der Gesetzgeber den Kreis der tatbestandsmässigen Veröffentlichungshandlungen selbst schon dadurch eingeschränkt, daß die Lästerung bzw. Beschimpfung "öffentlich" erfolgen muß. Öffentlich ist eine Kundgabe nicht schon dann, wenn sie überhaupt von einem Dritten wahrgenommen werden kann, sondern erst dann, wenn sie für einen grösseren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammengehaltenen Personenkreis wahrnehmbar ist.[1] Eine Kundgabe, die tatsächlich oder nach dem Willen des Täters auf die Wahrnehmung einer einzelnen Person oder eines engeren, besonders verbundenen Personenkreises beschränkt ist, oder beschränkt bleiben soll, ist nicht öffentlich. Damit ist freilich nur eine geringfügige Einschränkung erfolgt. Die Kunstwerkveröffentlichung in ihren typischen Formen (Kunstausstellung, Theateraufführung, Filmvorführung, Buchhandel) ist dadurch keineswegs dem strafbaren Bereich entrückt.[2]

Den von der Kunstfreiheit ausgehenden verfassungsrechtlichen Voraussetzungen ist vielmehr nur dann genügt, wenn das die Veröffentlichungshandlung kennzeichnende Tatbestandsmerkmal so weit eingeschränkt wird, daß nur solche Veröffentlichungshandlungen tatbestandsmässig sind, die in derart aufdringlicher Weise erfolgen, daß sie von Dritten ohne eigenes Zutun wahrgenommen werden müssen.

Diese Formel ist in den Tatbeständen der Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung stillschweigend enthalten und kommt immer dann zum Tragen, wenn als äusserer Sachverhalt die Veröffentlichung eines Kunstwerks im verfassungsrechtlichen Sinne zu subsumieren ist.

---

1) vgl. Schönke-Schröder Anm. 11; Werner in LK Anm. V 1 jeweils zu § 110 StGB; Zusammenstellung der einschlägigen Rechtsprechung in RG 27.1.38 E 72, 67 (68)

2) ebensowenig durch die Ausgestaltung des Tatbestands der Gotteslästerung zum Erfolgsdelikt

Vom Richter, der die Freiheit der Kunst im Einzelfall zu verwirklichen hat, verlangt die hier vorgeschlagene Lösung also eine Prüfung in dreifacher Richtung:

1) Zunächst ist unabhängig von seiner Kunstwerkeigenschaft zu klären, ob das inkriminierte Gebilde als "beschimpfend" i.S. des § 166 StGB zu qualifizieren ist; wenn ja

2) durch Subsumtion unter den verfassungsrechtlichen Kunstwerkbegriff mit Hilfe eines Sachverständigen festzustellen, ob das Gebilde das Prädikat "Kunstwerk" verdient; wenn ja

3) zu untersuchen, ob es in aufdringlicher, von Dritten ohne eigenes Zutun wahrnehmbarer Weise veröffentlicht wurde.

Erst wenn auch die letzte Frage zu bejahen ist, kann der objektive Tatbestand der Gotteslästerung oder Religionsbeschimpfung erfüllt sein.

b) Andere Tatbestände

Um die vorgeschlagene Lösung deutlich hervortreten zu lassen, wird im folgenden zu skizzieren versucht, welche Konsequenzen sich bei anderen, im Rahmen dieser Arbeit berührten Straftatbeständen ergeben; zunächst hinsichtlich der Verbreitung unzüchtiger Schriften.

Als Schutzobjekt dieses Tatbestands wird genannt die rechtliche, sittliche bzw. gesellschaftliche Ordnung des geschlechtlichen Lebens,[1] das öffentliche Anstands- und Sittlichkeitsbedürfnis,[2] das Sittlichkeitsempfinden bzw. Schamgefühl der

---

1) Mezger in LK; Schwarz-Dreher jeweils Vorbem. 1 vor § 173 StGB

2) Kohlrausch-Lange Vorbem. II vor § 173 StGB

Allgemeinheit,[1] jedenfalls ein Rechtsgut der Allgemeinheit. Dies schliesst nicht aus, daß der Schutz des einzelnen im Vordergrund steht.

Die Allgemeinheit hat zwar ein Interesse daran, daß im sexuellen Bereich Anstand und sittliche Ordnung gewahrt bleiben, ein weit grösseres Interesse hat jedoch der einzelne am Schutz seines individuellen Schamgefühls.

Verfügbar sind aber nicht nur in aller Regel die Rechtsgüter des einzelnen, vielmehr auch diejenigen der Allgemeinheit, die überwiegend den Schutz des einzelnen bezwecken.

Damit erweist sich die bei der Grenzziehung zwischen Kunstfreiheit und Religionsdelikten gefundene Lösung auf den vorliegenden Fall übertragbar.

D.h. vom Schutzbereich des Grundrechts der Kunstfreiheit noch gedeckt sind all die Fälle, in denen der Betroffene auf den Schutz seines Schamgefühls ausdrücklich verzichtet, oder doch den Anschein eines entsprechenden Verzichts erweckt.

Unter diesen Voraussetzungen lässt sich an eine Veröffentlichungshandlung nur dann eine Strafbarkeit knüpfen, wenn sie in derart aufdringlicher Weise erfolgt, daß Dritte den Vorgang ohne eigenes Zutun wahrnehmen müssen.

Soll eine Verfassungswidrigkeit vermieden werden, müssen auch beim Straftatbestand der Verbreitung unzüchtiger Schriften, sofern als äusserer Sachverhalt die Veröffentlichung eines Kunstwerks im verfassungsrechtlichen Sinne zu subsumieren ist, die die Veröffentlichungshandlung kennzeichnenden Tatbestandsmerkmale restriktiv interpretiert werden. Insoweit enthält auch dieser Tatbestand stillschweigend die genannte, den Kreis strafbarer Veröffentlichungshandlungen einschränkende Formel.

---

1) Burrack, Diss. S. 29; Maurach, BT § 50 I D 1 d (S. 407); Welzel, LB § 64 V (S. 425f); BGH 18.11.52 E 3, 295 (296); vgl. auch Gerber, Kriminalistik 1967, 542

Dies gilt zunächst für die mit den Tatbestandmerkmalen "verbreiten", "ausstellen", "anschlagen", "vorführen", "in anderer Weise sonst allgemein zugänglich machen" umschriebenen Veröffentlichungsformen. Insoweit ist eine Strafbarkeit auf die Fälle unmittelbarer Belästigung eines einzelnen oder der Allgemeinheit beschränkt.[1] Was das "An-einen-anderen-Gelangen-Lassen" betrifft, so sind all die Fälle von vornherein unproblematisch, in denen dies mit Zutun des Empfängers geschieht.
Soweit das Gesetz in § 184 Abs. 1 Nr. 1a gewissen "Vorbereitungshandlungen" unter Strafe stellt (herstellen, vervielfältigen, beziehen, vorrätig halten, einführen, auszuführen unternehmen), sind diese Handlungen schon deshalb regelmässig von der Freiheitsnorm des Art. 5 Abs. 3 GG gedeckt, weil sie deren Veröffentlichungsbereich gar nicht berühren. Aus denselben Gründen ist das "Ankündigen" und "Anpreisen" unzüchtiger Kunstwerke straflos, es sei den die Ankündigung bzw. Anpreisung selbst geschieht in unzüchtiger Form.

Was die Tatbestände der Beleidigung anlangt, so wird deren Schutzobjekt allgemein in der Ehre erblickt.[2] Unstreitig kann der einzelne über dieses Rechtsgut verfügen.[3] Dies bedeutet, daß auch hier entsprechend der vorgeschlagenen

---

1) zum Ergebnis vgl. Jäger aaO S. 112, 120; Hanack, Die Straftaten gegen die Sittlichkeit im E 1962, ZStW 77, 398 (439f)

2) Frank Vorbem. I vor § 185 StGB; Kern, Die Beleidigung, Frank-Festgabe Bd. 2 S. 335 (338); Maurach, BT § 17 I (S. 123f); Mezger-Blei StuB II § 34 II (S. 105); Schaefer in LK Vorbem. I 1 vor § 185; Schönke-Schröder Vorbem. 1 vor § 185 StGB; Schwarz-Dreher Anm. 1 A zu § 185 StGB; Welzel, LB § 42 I 1 (S. 292f)

3) Baumann, AT § 21 II 4 a (S. 298); Frank Vorbem. IV vor § 185 StGB; Kern, Frank-Festgabe Bd. 2 S. 335 (351); Maurach, AT § 28 I 1 d (S. 285), BT § 17 II c (S.128f); Mezger-Blei StuB II § 36 III (S. 112); Schaefer in LK Anm. II 3 a zu § 185 StGB; Schönke-Schröder Vorbem. 37 vor § 51, Anm. 14 zu § 185 StGB; Schwarz-Dreher Anm. 1 D b zu § 185 StGB; Welzel, LB § 42 II 1 c (S. 297)

Lösung alle Veröffentlichungshandlungen vom Grundrecht der Kunstfreiheit gedeckt sind, bei denen der Betroffene auf einen Rechtsgüterschutz ausdrücklich verzichtet, oder doch den Anschein eines entsprechenden Verzichts erweckt. Allgemeine Regeln, wann der Anschein eines Verzichts erweckt ist, lassen sich allerdings hier weniger als sonst aufstellen. Nur so viel kann gesagt werden, daß eine vernünftige Beurteilung in all den Fällen, in denen sich die Veröffentlichungshandlung im Rahmen des Gewohnten und Üblichen hält, einen entsprechenden Verzicht annehmen wird. So z.B. in den Fällen der Veröffentlichung karikierender oder satirischer Darstellungen von Politikern und sonstigen Personen der Zeitgeschichte.

Unter diesen Voraussetzungen lässt sich an eine Veröffentlichungshandlung eine Strafbarkeit also nur dann knüpfen, wenn sie in einer Weise erfolgt, die der Betroffene üblicherweise nicht mehr dulden muß. Eine entsprechende tatbestandseinschränkende Formel ist in den Beleidigungstatbeständen stillschweigend enthalten.

Anders verläuft die Grenze zwischen dem Grundrecht der Kunstfreiheit und den Staatsschutzdelikten. Hier handelt es sich um Delikte, zu deren Tatbestand die Verletzung einer Person oder deren Interessen überhaupt nicht gehört. Hochverratsvorschriften (§§ 81ff StGB) richten sich gegen Angriffe auf die verfassungsmässige und territoriale Integrität von Bund und Ländern,[1] Landesverratsvorschriften (§§ 93ff) im wesentlichen gegen Angriffe auf die äussere Machtstellung der Bundesrepublik im Verhältnis zu fremden Staaten.[2]

---

1) vgl. Maurach, BT § 60 II A 1 (S. 525); Mezger-Blei StuB II § 92 (S. 358); Schönke-Schröder Vorbem. 1 vor § 80 a.F. StGB, Anm. 2 zu § 80 a.F. StGB

2) vgl. Jagusch in LK Anm. 2 e cc zu § 99 a.F. StGB; Mezger-Blei StuB II § 93 (S. 360); Schönke-Schröder Vorbem. 1 vor § 80 a.F. StGB, Vorbem. 1 vor § 99 a.F. StGB; BGH 8.11.65 E 20, 342 (361)

Es werden also ausschliesslich öffentliche Interessen geschützt, auf deren Schutz der einzelne nicht verzichten kann. Die Frage, wann ein Verzicht vorliegt, bzw. von einem Verzicht ausgegangen werden kann, kann sich daher gar nicht stellen.

Deshalb anzunehmen, das Grundrecht der Kunstfreiheit könne einen Angriff auf diese Rechtsgüter niemals decken, wäre jedoch voreilig.

Zunächst ist zu beachten, daß Verletzungshandlungen, soweit sie nicht Veröffentlichungshandlungen sind, von vornherein in den Schutzbereich des Freiheitsrechts fallen. Soweit z.B. in § 86 StGB (Verbreitung verbotene-r Propagandamittel) nicht nur das Verbreiten, sondern auch das zur Verbreitung Herstellen, Vorrätighalten oder Einführen unter Strafe steht, sind diese Handlungen, soweit sie mit verfassungsverräterischen Kunstwerken begangen werden, von vornherein wegen Art. 5 Abs. 3 GG straflos.

Aber auch Verbreitungshandlungen sind nicht grundsätzlich strafbar. In nicht mehr tragbarer Weise angegriffen ist das geschützte Rechtsgut z.B. nicht schon dann, wenn ein verfassungsverräterischer Film einem begrenzten Personenkreis zu Studienzwecken vorgeführt wird. Gleichwohl ist der Bereich, in dem Kunstwerke straflos veröffentlicht werden können, hier am engsten gezogen, was im Hinblick auf die besondere Bedeutung der durch die Staatsschutzdelikte geschützten Rechtsgüter unschwer verständlich ist.

c) Auswirkungen hinsichtlich der Einziehung

Nachzutragen bleiben die Auswirkungen der hier vorgeschlagenen Lösung hinsichtlich der Einziehung.

Nach § 40 StGB können u.a. Gegenstände, die zur Begehung eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens gebraucht oder bestimmt sind (sog. instrumenta sceleris) eingezogen werden, sofern die Gefahr besteht, daß sie der Begehung weiterer strafbarer Handlungen dienen werden. Die Einziehung von Kunstwerken als Tatwerkzeugen wird insofern allerdings kaum praktisch werden.

Dagegen werden nach § 41 StGB Schriften, Tonträger, Abbildungen und Darstellungen strafbaren Inhalts u.a. dann eingezogen, wenn mindestens ein Stück durch eine mit Strafe bedrohte Handlung verbreitet oder zur Verbreitung bestimmt worden ist. Insofern ist jedoch zu beachten: Soweit eine Straftat deshalb entfällt, weil das Grundrecht der Kunstfreiheit zu einer restriktiven Tatbestandsauslegung zwingt, entfällt auch die Möglichkeit einer Einziehung. Bei einem Kunstwerk mit beschimpfendem Inhalt können diese Folgen also nur dann angeordnet werden, wenn es in aufdringlicher, von Dritten ohne eigenes Zutun wahrnehmbarer Weise veröffentlicht wurde, nicht dagegen schon dann, wenn es lediglich "zur Verbreitung bestimmt worden ist."

Geschieht die Verbreitung eines Kunstwerks unter Umständen, die auch nach der hier vertretenen Auffassung zur Strafbarkeit führen, und ist daher eine Einziehung nicht von vornherein ausgeschlossen, muß die Einziehung darüberhinaus dann unterbleiben, wenn sie ein unverhältnismässiges Mittel ist.[1)]

---

1) vgl. BGH 23.3.65 E 20, 192 = NJW 1965, 983 = JZ 1965, 490 m. Anm. Bauer = MDR 1965, 588 = JR 1965, 230 m. Anm. Nüse; Erbel aaO S. 155f und den gesetzgeberischen Niederschlag dieser Auffassung in §§ 41 Abs. 5, 40b Abs. 2 und 3 StGB (eingefügt durch Gesetz vom 24.5.1968, BGBl. I S. 503)

Teil D: Ausblick: Vorschläge de lege ferenda

Soll die Freiheit der Kunst im Strafrecht regelmässig Berücksichtigung finden, muß auch der Gesetzgeber die relevanten Straftatbestände auf das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Maß reduzieren. Welche Möglichkeiten sich dazu anbieten, soll wiederum an Hand des § 166 StGB gezeigt werden.

1) Anknüpfung an frühere Reformvorschläge zu § 166 StGB?

Die Religionsdelikte des geltenden Rechts standen von Anfang an im Kreuzfeuer der Kritik. Neben der Forderung ihrer ersatzlosen Beseitigung[1] fehlte es nicht an Vorschlägen, eine Verbesserung durch Einengung des Bereichs der Strafbarkeit zu erreichen. Insoweit könnten sich für die angestrebte Lösung de lege ferenda Ansatzpunkte bieten.

Es findet sich z.B. der Vorschlag, die Religionsdelikte zu Antragsdelikten auszugestalten, denn es sei "kein Grund einzusehen, warum die Verletzung der Ehre zwar nur auf Verlangen, die Kränkung des religiösen Gefühls aber von Amts wegen verfolgt werden solle".[2] Durch das Antragserfordernis findet der verfassungsrechtliche Freiheitbereich aber nur unvollkommene strafrechtliche Berücksichtigung. Bliebe es doch demjenigen, der nach objektivem Urteil auf den Schutz seines religiösen Empfindens verzichtet hat, unbenommen, durch Stellung eines Strafantrags eine Strafbarkeit gleichwohl auszulösen. Es kann auch nicht im Belieben des Betroffenen stehen, ob die Kunstfreiheit im Strafrecht

---

1) vgl. oben S. 144 Anm. 2

2) Bruns aaO S. 35; vgl. auch Beling, Beschimpfung S. 32f; Henkel ZStW 51, 916 (950); neuerdings Stellungnahme des Öffentlichkeitsausschusses der evangelischen Kirche im Rheinland, Vorgänge 1965, 168

Berücksichtigung findet. Wie leicht findet sich zudem ein Strohmann, der den Antrag stellt.[1)]

Verschiedentlich wird auch angeregt, durch eine vom Gesetzgeber vorgenommene engere Fassung des Beschimpfungsbegriffs den straffreien Bereich zu erweitern. Eine Äusserung soll z.B. erst dann beschimpfend sein, wenn sie inhaltlich oder formal Anstand und Sitte in gröblicher oder besonders roher Weise zu verletzen geeignet ist,[2)] oder erst dann, wenn besondere, über den Vorsatz hinausgehende Absichten und Tendenzen hinzukommen, wobei als Beweggründe hervorgehoben werden: böse Lust oder hämische Freude am Erfolg, f-eindselige Gesinnung, gemeine, frivole, verwerfliche Absicht, die Absicht, Furcht und Schrecken zu verbreiten, sich am Unglück zu weiden, oder überhaupt schimpfliche Zwecke zu verfolgen.[3)] Im Merkmal der Böswilligkeit fanden letztere Reformbestrebungen Eingang in den Entwurf eines StGB von 1913.[4)]

Neben den erheblichen Schwierigkeiten, die all diese Vorschläge hinsichtlich ihrer praktischen Verwirklichung auf-

---

1) Kohlrausch aaO S. 94; Kahl, VDB Bd. 3 S. 84

2) E 1919 § 215; Hardwig GA 1962, 257 (266, 271); Reichel aaO S. 124

3) Ahrens aaO S. 62f; Henkel ZStW 51, 916 (947); Kahl, VDB Bd. 3 S. 89, Brunner-Festschrift S. 231 (241), Frank-Festgabe Bd. 2 S. 287 (312f); Moser aaO S. 93

4) E 1913 § 222: "Wer böswillig in beschimpfender Weise Gott öffentlich lästert, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft".

§ 223: "Wer böswillig eine der christlichen Kirchen oder eine andere mit Körperschaftsrechten im Reich bestehende Religionsgemeinschaft öffentlich beschimpft, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft".

werfen[1] (der Versuch des Bundesgerichtshofs, den Beschimpfungsbegriff durch Veränderung des Bewertungsmaßstabs einzuengen, erscheint daneben ungleich praktikabler), ist es letztlich die Unmöglichkeit, durch eine Restriktion des Beschimpfungsbegriffs eine nahtlose Grenzziehung zu erreichen, die von derartigen Lösungsversuchen Abstand nehmen lässt.

Als Ansatzpunkt interessant ist in diesem Zusammenhang auch ein - später allerdings wieder aufgegebener - Vorschlag Kahls, in den objektiven Tatbestand die Beschränkung aufzunehmen, daß die Veröffentlichungshandlung "in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise" begangen sein müsse.[2]

Im Einzelfall kann sich diese Formel als nicht unerhebliche Einschränkung des Bereichs der Strafbarkeit erweisen, jedoch vermag sie nicht den in dieser Arbeit erkannten verfassungsrechtlichen Freiheitsbereich zu umschreiben. Denn nicht jede beschimpfende Äusserung, die anderen ohne deren Zutun aufgedrängt wird, muß sogleich eine Gefährdung des öffentlichen Friedens bedeuten. Andererseits kann z.B. durch entsprechende Agitation jede beschimpfende Äusserung eine Friedensgefährdung auslösen. Darüberhinaus birgt auch diese Formel kaum überwindliche Feststellungs- und Beweisschwierigkeiten.[3]

2) Anknüpfung an eine vergleichbare legislatorische Lösung?

Nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 9.6.1953 [4] i. d. F.

1) vgl. die Kritik bei Bruns aaO S. 57f; Ettinger aaO S.114f; Feder aaO S. 68; Glaser aaO S. 836; Kohlrausch aaO S. 78; Schlitt, Diss. S. 57ff; Thümmel, Das neue Strafgesetzbuch S. 21

2) vgl. Brunner-Festschrift S. 231 (245)

3) vgl. Feder aaO S. 66; Kahl, Brunner-Festschrift S.231 (245)

4) BGBl I S. 377

vom 29.4.1961[1] sind jugendgefährdende Schriften in eine Liste aufzunehmen. Sie sind damit gewissen Verbreitungsverboten und Werbungsbeschränkungen unterworfen (vgl. §§ 3 - 5 GjS).

In diesem nachkonstitutionellen Gesetz hat der Gesetzgeber den vergleichbaren Konflikt zwischen Kunstfreiheit und Verbreitungsverbot ausdrücklich gelöst: Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 GjS dürfen jugendgefährdende Schriften dann nicht in die Liste aufgenommen werden, wenn sie "der Kunst ... dienen". Da dieser sog. Kunstvorbehalt nicht wörtlich mit Art. 5 Abs. 3 GG übereinstimmt, ist streitig, wie die Abweichung verstanden werden soll.

Einerseits wird angenommen, der Kunstvorbehalt des § 1 Abs. 2 Satz 2 GjS gelte nur für Schriften von besonderem künstlerischem Wert, weil nur das, was "eine Bereicherung des künstlerischen Besitzes eines Volkes" bedeute, "der Kunst dienen" könne.[2]
Andererseits wird eine Einschränkung des Grundrechts der Kunstfreiheit durch den Kunstvorbehalt des GjS verneint und die Identität von verfassungsrechtlichem Freiheitsrecht und Kunstvorbehalt postuliert.[3]

Die nicht unmißverständliche Formulierung "der Kunst dienen" lässt es daher wenig geraten erscheinen, den künstlerischen Freiheitsbereich im Strafrecht dem Kunstvorbehalt analog zu kennzeichnen. Der Freiheitsbereich wäre entweder zu eng oder zu unbestimmt umschrieben.

3) Ergänzungsvorschläge im Hinblick auf den Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962

Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962 (= E 1962) als jüngster amtlicher Reformversuch enthält keinen ausdrücklichen Vorbe-

---

1) BGBl I S. 498
2) vgl. OVG Münster 18.11.58 NJW 1959, 1890 (1893)
3) BVerwG 12.1.66 DÖV 1966, 647 (648) = JZ 1967, 164 (165) = RdJ 1966, 191

halt zugunsten künstlerischer Werke im Strafrecht. Da andererseits zur Verwirklichung einer verfassungsrechtlich begründeten freieren Stellung der Kunst im Strafrecht auch nicht an bisherige Vorschläge und Lösungen angeknüpft werden kann, ergibt sich die Notwendigkeit, Vorschläge de lege ferenda speziell zu formulieren.

Gedacht ist an eine entsprechende Ergänzung des E 1962. Die zu unterbreitenden Vorschläge lassen sich jedoch auch unschwer in das geltende Recht einfügen.

Gotteslästerung und Religionsbeschimpfung werden vom E 1962 als Straftatbestände beibehalten. Sie sollen folgende Fassung erhalten:

> § 187 Gotteslästerung
>
> Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreitung von Schriften (§ 11 Abs. 3) [1] Gott durch Beschimpfung in einer Weise lästert, die geeignet ist, das allgemeine religiöse Empfinden zu verletzen, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft.
>
> § 188 Beschimpfung einer Religionsgesellschaft
>
> Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreitung von Schriften (§ 11 Abs. 3)[1] eine im Inland bestehende Kirche oder andere Religionsgesellschaft, ihren Glauben, ihre Einrichtungen oder ihre Gebräuche in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, das religiöse Empfinden ihrer Angehörigen zu verletzen, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Strafhaft bestraft.

Im Vergleich mit den Tatbestandsfassungen des geltenden Rechts fällt insbesondere auf, daß bei der Gotteslästerung das Tatbestandmerkmal der Ärgerniserregung beseitigt ist. Es wird also nicht mehr gefordert, daß das religiöse Empfinden einzelner Personen tatsächlich verletzt worden ist.

Bei der Religionsbeschimpfung ist dagegen zusätzlich die Beschimpfung des Glaubens mit Strafe bedroht. Beide Veränderungen dehnen den Bereich der Strafbarkeit aus. Inwieweit

---

1) § 11 Abs. 3 E 1962: Den Schriften stehen Tonträger, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen.

dies gerechtfertigt ist, mag dahinstehen. Jedenfalls ergibt sich daraus in besonderem Maße die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Umschreibung des durch das Grundrecht der Kunstfreiheit gewährleisteten straffreien Bereichs. Es hat sich gezeigt, daß die Veröffentlichung eines Werks mit beschimpfendem Inhalt, das zugleich Kunstwerk im verfassungsrechtlichen Sinne ist, nur dann strafbar sein kann, wenn sie in derart aufdringlicher Weise erfolgt, daß sie von Dritten ohne deren Zutun wahrgenommen werden muß.
Es empfiehlt sich daher sowohl an § 187 wie an § 188 E 1962 einen Absatz 2 anzufügen folgenden Inhalts:

> Nicht strafbar sind lästernde (bzw. beschimpfende) Äusserungen in der Form von Kunstwerken, es sei denn, diese werden anderen ohne deren Zutun aufgedrängt.

Ähnliche Zusätze empfehlen sich bei den in dieser Arbeit darüberhinaus angesprochenen Straftatbeständen.

Da die Veröffentlichung unzüchtiger Kunstwerke in demselben Umfang straflos zu bleiben hat, wie die Veröffentlichung beschimpfender Werke, wird vorgeschlagen, auch an den § 220 des Entwurfs 1962[1)] einen Absatz 2 anzufügen, dem mit Rücksicht auf die vorausgehende Tatbestandsformulierung folgende Fassung gegeben werden kann:

---

1) § 220 E 1962: Unzüchtige Schriften und Sachen

Wer unzüchtige Schriften (§ 11 Abs. 3) oder zu unzüchtigem Gebrauch bestimmte Sachen
1. verbreitet
2. an einem allgemein zugänglichen Ort ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht oder
3. herstellt, vervielfältigt, bezieht, an einen anderen gelangen lässt, vorrätig hält, ankündigt, anpreist, in den räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes einführt oder daraus auszuführen unternimmt, damit sie oder aus ihnen gewonnene Stücke verbreitet oder nach Nummer 2 zugänglich gemacht werden,

wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

> Ist Gegenstand der Tat ein Kunstwerk, tritt eine Strafbarkeit nicht ein, es sei denn, dieses wird anderen ohne deren Zutun aufgedrängt.

Hinsichtlich beleidigender Kunstwerke wurde festgestellt, daß eine Strafbarkeit nur insoweit möglich ist, als der Betroffene die Veröffentlichung üblicherweise dulden muß.

Statt eines entsprechenden tatbestandseinschränkenden Zusatzes bei den einzelnen Delikten empfiehlt sich hier jedoch eine Ergänzung im Anschluß an den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Die geforderte Einschränkung des Bereichs der Strafbarkeit kann domatisch auch in dieser Form geschehen. Da bei den Beleidigungsdelikten bereits eine Reihe von Fällen normiert ist, in denen Wertkonflikte die Widerrechtlichkeit einer Beleidigung ausschliessen, ist es naheliegend, auf diesem Weg auch die vom Grundrecht der Kunstfreiheit geforderte Einschränkung des Bereichs der Strafbarkeit zu verwirklichen. Zwar handelt es sich insoweit nicht um Interessenwahrnehmung, jedoch besteht ein enger Zusammenhang.

Vorzuschlagen ist die Ergänzung des § 178 E 1962[1] durch einen dritten Absatz folgenden Inhalts:

> Äusserungen in der Form von Kunstwerken sind nicht als Beleidigung strafbar, soweit sie üblicherweise geduldet werden müssen.

---

1) § 178 E 1962: Wahrnehmung berechtigter Interessen

(1) Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische, berufliche, gewerbliche oder andere Leistungen und Äusserungen zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht sind als Beleidigung nur strafbar, soweit sie nach Form oder Umständen eine beleidigende Kundgabe von Mißachtung sind.

(2) Äusserungen zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses sind nicht als Beleidigung strafbar, soweit sie unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen und der dem Täter nach den Umständen obliegenden Prüfungspflicht ein angemessenes Mittel sind, den angestrebten Zweck zu erreichen.

Bei Kunstwerken mit hochverräterischem oder landesverräterischem Inhalt hat sich gezeigt, daß ihre Veröffentlichung nur in wenigen, engbegrenzten Ausnahmefällen straflos sein kann. Wann dies der Fall ist, hängt vom Einzelfall ab und lässt sich tatbestandsmässig kaum umschreiben, sodaß ein ausdrücklicher Zusatz nicht empfohlen werden kann. Auch eine ausdrückliche Klarstellung, daß die neben den eigentlichen Veröffentlichungshandlungen in den einzelnen Tatbeständen unter Strafe gestellten, eine Veröffentlichung vorbereitenden Handlungen[1] i.d.R. vom Grundrecht der Kunstfreiheit gedeckt sind, erscheint entbehrlich.

Schliesslich hat sich ergeben, daß die Vorschriften der Einziehung und Unbrauchbarmachung[2] im Hinblick auf das Grundrecht der Kunstfreiheit eines Zusatzes nicht bedürfen.

Es ist zu wünschen, daß anlässlich der Strafrechtsreform die Notwendigkeit erkannt wird, die Kunstfreiheit im Strafrecht auch legislatorisch zu verwirklichen. Die Befürchtung, der Kunstfreiheit würden dadurch neue Fesseln angelegt, besteht dann nicht, wenn sich der Gesetzgeber bei seiner Lösung von dem Satz leiten lässt

in dubio pro arte.

---

1) vgl. z.B. § 372 Abs. 1 Ziff. 3 E 1962

2) §§ 113 und 114 E 1962

Lebenslauf

Am 10. Mai 1939 wurde ich in Stuttgart als Sohn des Oberregierungsrats Dr. Rudolf Schick und seiner Ehefrau Gertrud geb. Beck geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Von 1945 bis 1949 besuchte ich die Volksschule in Schorndorf, anschliessend das dortige Gymnasium, wo ich am 26.2.1958 die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommersemester 1958 begann ich in Tübingen das Studium der Rechtswissenschaft. Im dritten Semester studierte ich in Hamburg, in den beiden folgenden Semestern in München. Nach weiteren fünf Semestern in Tübingen bestand ich dort am 14. Mai 1963 die Erste Juristische Staatsprüfung. Vom 1. August 1963 bis zur Zweiten Juristischen Staatsprüfung am 20. Juni 1967 stand ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden - Württemberg. Seit 3. Juli 1967 bin ich als Wissenschaftlicher Assistent bei der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen für Herrn Prof. Dr. Horst Schröder tätig.

BAMBERGER FOTODRUCK · RUDOLF RODENBUSCH
8600 BAMBERG - Markusplatz 22 - Tel.: 0951/6 27 94